

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْبَيْعِ

الْبَيْعُ : مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ ، تَمْلِيكًا ، وَتَمْلُكًا ^(١) . وَاشْتِقَاقُهُ : مِنَ الْبَاعِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَبَايِعِينَ ^(٢) يَمُدُّ بَاعَهُ لِلْأَخْذِ وَالْإِعْطَاءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَانَ يُبَايِعُ صَاحِبَهُ ، أَيْ يُصَافِحُهُ عِنْدَ الْبَيْعِ ؛ وَلِذَلِكَ سُمِّيَ الْبَيْعُ صَفَقَةً . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : هُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ ، إِذَا ^(٣) تَضَمَّنَ عَيْنَيْنِ لِلتَّمْلِيكِ . وَهُوَ حَدُّ قَاصِرٌ ؛ لِخُرُوجِ بَيْعِ الْمُعَاطَاةِ مِنْهُ ، وَدُخُولِ عُقُودِ سِوَى الْبَيْعِ فِيهِ . وَالْبَيْعُ جَائِزٌ بِالْكِتَابِ وَالسَّنَةِ وَالْإِجْمَاعِ . أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٤) . وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ ^(٥) وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(٦) . وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ ^(٧) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ ^(٨) ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : كَانَتْ عُكَاظٌ ، وَمَجَنَّةٌ ، وَذُو الْمَجَازِ ^(٩) ، أَسْوَاقًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، فَلَمَّا كَانَ الْإِسْلَامُ تَأَثَّمُوا

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢) فِي م : « الْمُتَعَاقِدِينَ » .

(٣) فِي م : « إِذَا » .

(٤) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٧٥ .

(٥) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٨٢ .

(٦) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٩ .

(٧) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ١٩٨ .

(٨) فِي : بَابِ التِّجَارَةِ أَيَّامَ الْمَوْسَمِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ ، وَفِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتْ

الصَّلَاةُ ﴾ ... ، وَبَابِ الْأَسْوَاقِ الَّتِي كَانَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَفِي : بَابِ تَفْسِيرِ سُورَةِ

الْبَقَرَةِ ، مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢/٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٦٩/٣ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٣٤/٦ .

(٩ - ٩) عُكَاظٌ وَمَجَنَّةٌ وَذُو الْمَجَازِ : أَسْوَاقٌ لِمَكَّةَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ . مَعْجَمٌ مَا اسْتَعْجَمَ ٣/٩٥٩ .

فيه ، فَأَنْزَلْتُ : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ . يَعْنِي فِي مَوَاسِمِ الْحَجِّ . وَعَنْ الزُّبَيْرِ نَحْوُهُ ^(١٠) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١١) . وَرَوَى رِفَاعَةُ ، أَنَّهُ خَرَجَ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى الْمُصَلَّى ، فَرَأَى النَّاسَ يَتَبَايَعُونَ ، فَقَالَ : « يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ » . فَاسْتَجَابُوا لِلرَّسُولِ ﷺ ، وَرَفَعُوا أَعْنَاقَهُمْ وَأَبْصَارَهُمْ إِلَيْهِ ، فَقَالَ : « إِنَّ التُّجَّارَ يُنْعَثُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَجَارًّا ، إِلَّا مَنْ بَرَّ وَصَدَّقَ » . / قَالَ التِّرْمِذِيُّ ^(١٢) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الْأَمِينُ مَعَ النَّبِيِّينَ وَالصَّدِّيقِينَ وَالشُّهَدَاءِ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ ^(١٣) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . فِي أَحَادِيثَ ١٤٠/٤ ظ

(١٠) انظر : فتح الباري ٣/٥٩٣ ، ٥٩٤ .

(١١) أخرجه البخاري ، في : باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا ، وباب ما يمحق الكذب والكتان في البيع ، وباب كم يجوز الخيار ، وباب إذا لم يوقت في الخيار ، وباب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، وباب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع ... ، وباب إذا كان البائع بالخيار فهل يجوز البيع ، وباب إذا اشترى شيئا فوهب منه ساعته ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٣/٧٦ ، ٧٧ ، ٨٣ - ٨٥ . ومسلم ، في : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، وباب الصدق في البيع والبيان ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٦٣ ، ١١٦٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٤٤ ، ٢٤٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٥/٢٥٤ - ٢٥٦ . والنسائي ، في : باب ما يجب على التجار من التوفية في مبايعتهم ، وباب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما ، وباب ذكر الاختلاف على نافع في لفظ حديثه ، وباب ذكر الاختلاف على عبد الله بن دينار في لفظ هذا الحديث ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢١٥ ، ٢١٧ - ٢٢٠ . وابن ماجه ، في : باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٦ . والدارمي ، في : باب في البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٥٠ . والإمام مالك ، في : باب بيع الخيار ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٧١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٥٦ ، ٤/٢ ، ٩ ، ٥٢ ، ٥٤ ، ٧٣ ، ١١٩ ، ١٣٥ ، ١٨٣ ، ٣١١ ، ٤٠٢/٣ ، ٤٠٣ ، ٤٢٥ ، ٤٣٤ ، ١٢/٥ ، ١٧ ، ٢١ - ٢٣ .

(١٢) في : باب ما جاء في التجار ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٥/٢١٤ . كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب التوقي في التجارة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٢٦ . والدارمي ، في : باب في التجارة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٤٧ .

(١٣) في : باب ما جاء في التجار ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٥/٢١٣ . كما أخرجه الدارمي ، =

كثيرة سوى هذه . وأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة ، والحكمة تقتضيه ؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه ، وصاحبه لا يئذله بغير عوض ، ففي شرع البيع وتجويزه شرع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ، ودفع حاجته .

فصل : والبيع على ضربين ؛ أحدهما ، الإيجاب والقبول . فالإيجاب ، أن يقول : بعثك أو ملكك ، أو لفظ يدل عليهما . والقبول ، أن يقول : اشتريت ، أو قبلت ، ونحوهما . فإن تقدم القبول على الإيجاب بلفظ الماضي ، فقال : ابتعت منك . فقال : بعثك . صح ؛ لأن لفظ الإيجاب والقبول وجدتهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما به ، فصح ، كما لو تقدم الإيجاب . وإن تقدم بلفظ الطلب ، فقال : بعني ثوبك . فقال : بعثك . ففيه روايتان ، إحداهما ، يصح كذلك . وهو قول مالك ، والشافعي . والثانية ، لا يصح . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه لو تأخر عن الإيجاب ، لم يصح به البيع ، فلم يصح إذا تقدم ، كلفظ الاستفهام ، ولأنه عقد عرى عن القبول ، فلم ينعقد ، كما لو لم يطلب . وحكى أبو الخطاب فيما إذا تقدم بلفظ الماضي ، روايتين أيضا ، فأما إن تقدم بلفظ الاستفهام ، مثل أن يقول : أتبيعني ثوبك بكذا ؟ فيقول : بعثك . لم يصح بحال . نص عليه أحمد ، وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعي . ولا نعلم عن غيرهم خلافتهم ؛ لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء . الضرب الثاني ، المعاوضة ، مثل أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزا . فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول : خذ هذا الثوب بدینار . فياخذه ، فهذا بيع صحيح . نص عليه أحمد ، في من قال لخباز : كيف تبيع الخبز ؟ قال : كذا بدرهم . قال : زنه ، وتصدق به . فإذا وزنه فهو عليه . وقول مالك نحو من هذا ، فإنه قال : يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا . وقال بعض الحنفية : يصح في خسائس الأشياء . وحكى عن القاضي مثل هذا ، قال : يصح في الأشياء اليسيرة

دُونَ الْكَبِيرَةِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّ الْبَيْعَ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالْإِجَابِ ، وَالْقَبُولِ . وَذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ إِلَى مِثْلِ قَوْلِنَا . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ أَحَلَّ الْبَيْعَ ، وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّتَهُ ، فَوَجَبَ الرُّجُوعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ ، كَمَا رُجِعَ إِلَيْهِ فِي الْقَبْضِ وَالْإِحْرَازِ وَالتَّفَرُّقِ ، وَالْمُسْلِمُونَ فِي أَسْوَاقِهِمْ وَبَيَاعَاتِهِمْ عَلَى ذَلِكَ ، وَلَئِنَّ الْبَيْعَ كَانَ مَوْجُودًا بَيْنَهُمْ ، مَعْلُومًا عِنْدَهُمْ ، وَإِنَّمَا عُلِقَ الشَّرْعُ عَلَيْهِ أَحْكَامًا ، وَأَبْقَاهُ عَلَى مَا كَانَ ، فَلَا يَجُوزُ تَغْيِيرُهُ بِالرَّأْيِ وَالتَّحْكُمِ ، وَلَمْ يُنْقَلْ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَا عَنْ أَصْحَابِهِ ، مَعَ كَثْرَةِ وَقُوعِ الْبَيْعِ بَيْنَهُمْ ، اسْتِعْمَالِ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَلَوْ اسْتَعْمَلُوا ذَلِكَ فِي بَيَاعَاتِهِمْ لَقِيلَ نَقْلًا شَائِعًا ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ شَرْطًا ، لَوَجَبَ نَقْلُهُ ، وَلَمْ يُتَصَوَّرْ مِنْهُمْ إِهْمَالُهُ وَالْعَفْلَةُ عَنْ نَقْلِهِ ، وَلَئِنَّ الْبَيْعَ مِمَّا تَعُمُّ بِهِ الْبَلَوَى ، فَلَوْ اشْتَرِطَ لَهُ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ لَبَيَّنَهُ ﷺ بَيَانًا عَامًّا ، وَلَمْ يَخَفْ حُكْمُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى وَقُوعِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ كَثِيرًا ، وَأَكْلِهِمُ الْمَالَ بِالْبَاطِلِ ، وَلَمْ يُنْقَلْ ذَلِكَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَا عَنْ أَحَدٍ مِنْ أَصْحَابِهِ فِيمَا عَلِمْنَاهُ ، وَلَئِنَّ النَّاسَ يَتَّبِعُونَ فِي أَسْوَاقِهِمْ بِالْمُعَاطَاةِ فِي كُلِّ عَصْرِ ، وَلَمْ يُنْقَلْ إِنْكَارُهُ قَبْلَ مُخَالَفَتِنَا ، فَكَانَ ذَلِكَ إِجْمَاعًا ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ ، فِي الْهَبَةِ ، وَالْهَدِيَّةِ ، وَالصَّدَقَةِ ، وَلَمْ يُنْقَلْ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَلَا عَنْ أَحَدٍ مِنْ أَصْحَابِهِ اسْتِعْمَالُ ذَلِكَ فِيهِ ، وَقَدْ أَهْدَى إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنَ الْحَبْشَةِ وَغَيْرِهَا ، وَكَانَ النَّاسُ يَتَحَرَّوْنَ بِهَدَايَاهُمْ يَوْمَ عَائِشَةَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٤) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ^(١٥) ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ،

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب قبول الهدية ، وباب من أهدى إلى صاحبه فتحرى بعض نسائه دون بعض ، من كتاب الهبة ، وفي : باب فضل عائشة رضي الله عنها ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح البخاري ٢٠٣/٣ - ٢٠٥ ، ٣٧/٥ . ومسلم ، في : باب في فضل عائشة رضي الله تعالى عنها ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح مسلم ١٨٩١/٤ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب فضل عائشة رضي الله عنها ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ٢٥٥/١٣ . والنسائي ، في : باب حب الرجل بعض نسائه أكثر من بعض ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٦٤/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٣/٦ .

(١٥) في : باب قبول الهدية ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢٠٣/٣ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب قبول النبي ﷺ الهدية ورده الصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٥٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٢/٢ ، ٣٠٥ ، ٣٣٨ ، ٤٠٦ ، ٤٩٢ .

قال : كان رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا أُتِيَ بِطَعَامٍ سَأَلَ عَنْهُ : « أَهْدِيَّةٌ أَمْ صَدَقَةٌ ؟ » . فَإِنْ قِيلَ : صَدَقَةٌ . قَالَ لِأَصْحَابِهِ : « كُلُوا » . وَلَمْ يَأْكُلْ ، وَإِنْ قِيلَ : هَدِيَّةٌ . ضَرَبَ يَدَيْهِ ، وَأَكَلَ مَعَهُمْ . وَفِي حَدِيثِ سَلْمَانَ ^(١٦) ، حِينَ جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ بِتَمْرٍ ، فَقَالَ : هَذَا شَيْءٌ مِنَ الصَّدَقَةِ ، رَأَيْتُكَ أَنْتَ وَأَصْحَابُكَ أَحَقَّ النَّاسِ بِهِ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِأَصْحَابِهِ : / « كُلُوا » . وَلَمْ يَأْكُلْ ، ثُمَّ أَتَاهُ ثَانِيَةً بِتَمْرٍ ، فَقَالَ : رَأَيْتُكَ لَا تَأْكُلُ ٤١/٤ الصَّدَقَةَ ، وَهَذَا شَيْءٌ أَهْدَيْتَهُ لَكَ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « بِسْمِ اللَّهِ » . وَأَكَلَ . وَلَمْ يُنْقَلِ قَبُولٌ وَلَا أَمْرٌ بِإِيجَابٍ . وَإِنَّمَا سَأَلَ لِيَعْلَمَ ، هَلْ هُوَ صَدَقَةٌ ، أَوْ هَدِيَّةٌ ، وَفِي أَكْثَرِ الْأَخْبَارِ لَمْ يُنْقَلِ إِيجَابٌ وَلَا قَبُولٌ ، وَلَيْسَ إِلَّا الْمُعَاطَاةُ ، وَالتَّفَرُّقُ عَنْ تَرَاضٍ يَدُلُّ عَلَى صِحَّتِهِ ، وَلَوْ كَانَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ شَرْطًا فِي هَذِهِ الْعُقُودِ لَشَقَّ ذَلِكَ ، وَلَكَانَتْ أَكْثَرُ عُقُودِ الْمُسْلِمِينَ فَاسِدَةً ، وَأَكْثَرُ أَمْوَالِهِمْ مُحَرَّمَةٌ . وَلِأَنَّ الْإِيجَابَ وَالْقَبُولَ إِنَّمَا يُرَادَانِ لِلدَّلَالَةِ عَلَى التَّرَاضِي ، فَإِذَا وُجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ، مِنَ الْمُسَاوَمَةِ وَالتَّعَاطِي ، قَامَ مَقَامُهُمَا ، وَأَجْزَأُ عَنْهُمَا ؛ لِعَدَمِ التَّعَبُّدِ فِيهِ .

(١٦) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥/٤٣٨ ، ٤٣٩ .

(خِيَارِ الْمُتَبَايَعِينَ)

أَيُّ بَابِ خِيَارِ الْمُتَبَايَعِينَ ، فَحُذِفَ اختصارًا .

٧٠٠ - مسألة ؛ قال أبو القاسم رحمه الله : (وَالْمُتَبَايَعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا بِأَبَدٍ)

في هذه المسألة ثلاثة فصول ، أحدها ، أَنَّ الْبَيْعَ يَقَعُ جَائِزًا ، وَلِكُلِّ مِنَ الْمُتَبَايَعِينَ الْخِيَارُ فِي فسخِ الْبَيْعِ ، مَا دَامَا مُجْتَمِعَيْنِ ، لَمْ يَتَفَرَّقَا ، وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، يُرَوِّى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَأَبِي بَرَّةَ^(١) ، وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَشُرَيْحٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَعَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي ذَنْبٍ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَلْزَمُ الْعَقْدُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَلَا خِيَارَ لِهَمَا ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الْبَيْعُ صَفْقَةٌ أَوْ خِيَارٌ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَزِمَ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ ، مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، وَكَانَا جَمِيعًا ، أَوْ يُخَيَّرُ أَحَدُهُمَا الْآخَرُ ، فَإِنْ خَيَّرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ ، فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ ، وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا ، وَلَمْ يَتْرُكْ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ ، فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وَقَالَ

(١) تقدمت ترجمته في : ٤٠١/٢ .

(٢) أخرجه البخارى ، في : باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٤/٣ . ومسلم ، في : باب ثبوت خيار المجلس ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٣/٣ . كما أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على نافع في لفظ حديثه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢١٩/٧ . وابن ماجه ، في : باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٩/٢ .

عليه السلام : « الْبَيْعَانِ / بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا » . رَوَاهُ الْأَيْمَةُ كُلُّهُمْ^(٣) . وَرَوَاهُ عَبْدُ اللَّهِ ابْنُ عُمَرَ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو ، وَحَكِيمُ بْنُ حِزَامٍ ، وَأَبُو بَرَزَةَ الْأَسْلَمِيُّ . وَاتَّفَقَ عَلَى حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ ، وَحَكِيمٍ ، وَرَوَاهُ عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، مَالِكٌ ، وَأَيُّوبُ ، وَعُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ جُرَيْجٍ ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ ، وَيَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ ، وَغَيْرُهُمْ . وَهُوَ صَرِيحٌ فِي حُكْمِ الْمَسْأَلَةِ . وَعَابَ كَثِيرٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى مَالِكٍ مُخَالَفَتَهُ لِلْحَدِيثِ ، مَعَ رَوَايَتِهِ لَهُ ، وَثُبُوتِهِ عِنْدَهُ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَا أَذْرى هَلْ أَتَاهُمْ مَالِكٌ نَفْسَهُ أَوْ نَافِعًا ؟ وَأَعْظَمُ أَنْ أَقُولَ : عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي ذَنْبٍ : يُسْتَتَابُ مَالِكٌ فِي تَرْكِهَ لِهَذَا الْحَدِيثِ . فَإِنْ قِيلَ : الْمُرَادُ بِالتَّفَرُّقِ هَهُنَا التَّفَرُّقُ بِالْأَقْوَالِ ، كَمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ ﴾^(٤) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « سَتَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً »^(٥) . أُنِى بِالْأَقْوَالِ وَالْإِعْتِقَادَاتِ . قُلْنَا : هَذَا بَاطِلٌ لَوْجُوهٌ ، مِنْهَا ، أَنَّ اللَّفْظَ لَا يَحْتَمِلُ مَا قَالُوهُ ؛ إِذْ لَيْسَ بَيْنَ الْمُتَبَايِعِينَ تَفَرُّقٌ بِقَوْلٍ^(٦) وَلَا إِعْتِقَادٍ ، إِنَّمَا بَيْنَهُمَا اتِّفَاقٌ عَلَى الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ بَعْدَ الْإِخْتِلَافِ فِيهِ . الثَّانِي ، أَنَّ هَذَا يُبْطِلُ فَائِدَةَ الْحَدِيثِ ؛ إِذْ قَدْ عَلِمَ أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ قَبْلَ الْعَقْدِ فِي إِنْشَائِهِ وَإِثْمَامِهِ ، أَوْ تَرْكِهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ قَالَ فِي الْحَدِيثِ : « إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ » . فَجَعَلَ لِهَذَا الْخِيَارِ بَعْدَ تَبَايُعِهِمَا ، وَقَالَ : « وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا ، وَلَمْ يَتْرُكْ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ ، فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ » . الرَّابِعُ ، أَنَّهُ يَرُدُّهُ تَفْسِيرُ ابْنِ عُمَرَ لِلْحَدِيثِ بِفِعْلِهِ ، فَإِنَّهُ كَانَ إِذَا بَايَعَ رَجُلًا مَشَى خُطُواتِ ؛ لِيَلْزَمَ الْبَيْعَ ، وَتَفْسِيرُ أُنَى بَرَزَةَ لَهُ ، بِقَوْلِهِ عَلَى مِثْلِ قَوْلِنَا ، وَهُمَا رَاوِيَا الْحَدِيثِ ، وَأَعْلَمُ بِمَعْنَاهُ ، وَقَوْلُ عُمَرَ : الْبَيْعُ صَفْقَةٌ أَوْ خِيَارٌ . مَعْنَاهُ ، أَنَّ الْبَيْعَ يَنْقَسِمُ إِلَى بَيْعٍ شَرْطَ فِيهِ الْخِيَارُ ،

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٤) سورة البينة ٤ .

(٥) أخرجه أبو داود ، في : باب شرح السنة ، من كتاب السنة . سنن أبي داود ٥٠٣/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في افتراق هذه الأمة ، من أبواب الإيمان . عارضة الأحوذى ١٠٩/١٠ . وابن ماجه ، في : باب افتراق الأمم ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ١٣٢١/٢ ، ١٣٢٢ . والدارمي ، في : باب في افتراق هذه الأمة ، من كتاب السير . سنن الدارمي ٢٤١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٣٢/٢ . ١٤٥/٣ .

(٦) في م : « بلفظ » .

وَبَيْعٌ لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ ، سَمَاءُ صَفْقَةً لِقَصْرِ مُدَّةِ الْخِيَارِ فِيهِ ، فَإِنَّهُ قَدْ رَوَى عَنْهُ أَبُو إِسْحَاقَ الْجُوزْجَانِيُّ مِثْلَ مَذْهَبِنَا ، وَلَوْ أَرَادَ مَا قَالُوهُ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُعَارَضَ بِهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، فَلَا حُجَّةَ فِي قَوْلِ أَحَدٍ مَعَ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقَدْ كَانَ عُمَرُ إِذَا بَلَغَهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، رَجَعَ عَنْ قَوْلِهِ ، فَكَيْفَ يُعَارَضُ قَوْلُهُ بِقَوْلِهِ ؟ عَلَى أَنَّ قَوْلَ عُمَرَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ إِذَا خَالَفَهُ بَعْضُ الصَّحَابَةِ ، / وَقَدْ خَالَفَهُ ابْنُهُ ، وَأَبُو بَرَزَةَ ، وَغَيْرُهُمَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ الْبَيْعِ عَلَى النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَقَعُ غَالِبًا إِلَّا بَعْدَ رَوِيَّةٍ وَنَظَرٍ وَتَمَكُّثٍ ، فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْخِيَارِ بَعْدَهُ ، وَلَئِنْ فِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ فِيهِ مَضَرَّةٌ ، لَمَا يَلْزَمُ مِنْ رَدِّ الْمَرْأَةِ بَعْدَ ابْتِدَالِهَا بِالْعَقْدِ ، وَذَهَابِ حُرْمَتِهَا بِالرَّدِّ ، وَإِلْحَاقِهَا بِالسَّلْعِ الْمَبِيعَةِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ فِيهِ خِيَارٌ لَذَلِكَ ، وَلِهَذَا لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ ، وَلَا خِيَارُ الرُّوِيَّةِ ، وَالْحُكْمُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرٌ ؛ لِظُهُورِ دَلِيلِهِ ، وَوَهَاءِ مَا ذَكَرَهُ الْمُخَالَفُ فِي مُقَابَلَتِهِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . الْفَصْلُ الثَّانِي ، أَنَّ الْبَيْعَ يَلْزَمُ بَتَفَرُّقِهِمَا ؛ لِذِلَالَةِ الْحَدِيثِ عَلَيْهِ ، وَلَا خِلَافَ فِي لُزُومِهِ بَعْدَ التَّفَرُّقِ ، وَالْمَرْجِعُ فِي التَّفَرُّقِ إِلَى عُرْفِ النَّاسِ وَعَادَتِهِمْ ، فِيمَا يَعُدُّونَهُ تَفَرُّقًا ؛ لِأَنَّ الشَّارِعَ عَلَّقَ عَلَيْهِ حُكْمًا ، وَلَمْ يُبَيِّنْهُ ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ مَا يَعْرِفُهُ النَّاسُ ، كَالْقَبْضِ ، وَالْإِحْرَازِ ، فَإِنْ كَانَا فِي فُضَاءٍ وَاسِعَةٍ ، كَالْمَسْجِدِ الْكَبِيرِ ، وَالصَّخْرَاءِ ، فَإِنْ يَمْشِي أَحَدُهُمَا مُسْتَدْبِرًا لِصَاحِبِهِ خُطُوَاتٍ ، وَقِيلَ : هُوَ أَنْ يَبْعُدَ مِنْهُ بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ كَلَامَهُ الَّذِي يَتَكَلَّمُ بِهِ فِي الْعَادَةِ . قَالَ أَبُو الْحَارِثِ : سُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ تَفَرُّقَةِ الْأَبْدَانِ ؟ فَقَالَ : إِذَا أَخَذَ هَذَا كَذَا ، وَهَذَا كَذَا ، فَقَدْ تَفَرَّقَا . وَرَوَى مُسْلِمٌ ، عَنْ نَافِعٍ ، قَالَ : فَكَانَ ابْنُ عُمَرَ إِذَا بَايَعَ ، فَأَرَادَ [أَنْ] لَا يُقِيلَهُ ، مَشَى هُنَيْهَةً ، ثُمَّ رَجَعَ . وَإِنْ كَانَا فِي دَارٍ كَبِيرَةٍ ، ذَاتِ مَجَالِسٍ وَبُيُوتٍ ، فَالْمُفَارَقَةُ أَنْ يُفَارِقَهُ مِنْ بَيْتٍ إِلَى بَيْتٍ ، أَوْ إِلَى مَجْلِسٍ ، أَوْ صِيفَةٍ ، أَوْ مِنْ مَجْلِسٍ إِلَى بَيْتٍ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ . فَإِنْ كَانَا فِي دَارٍ صَغِيرَةٍ ، فَإِذَا صَعِدَ أَحَدُهُمَا السُّطْحَ ، أَوْ خَرَجَ مِنْهَا ، فَقَدْ فَارَقَهُ . وَإِنْ كَانَا فِي سَفِينَةٍ صَغِيرَةٍ ، خَرَجَ أَحَدُهُمَا مِنْهَا

ظ ١٤٢/٤

(٧) تكملة من صحيح مسلم ١١٦٤/٣ .

وَمَشَى ، وَإِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً صَعِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى أُعْلَاهَا ، وَنَزَلَ الْآخَرُ فِي أَسْفَلِهَا .
وهذا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي هُوَ الْبَائِعُ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ لِنَفْسِهِ
مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ ، أَوْ اشْتَرِيَ لَوْلَدِهِ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ ، لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ خِيَارُ الْمَجْلِسِ ؛ لِأَنَّهُ
تَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ خِيَارٌ ، كَالشَّفِيعِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ فِيهِ ، وَيُعْتَبَرُ
مُفَارَقَةُ مَجْلِسِ الْعَقْدِ لِلزُّومِ ؛ لِأَنَّ الْاِفْتِرَاقَ لَا يُمَكِّنُ هَهُنَا ، لِكَوْنِ الْبَائِعِ هُوَ
الْمُشْتَرِي ، وَمَتَى حَصَلَ التَّفَرُّقُ لَزِمَ الْعَقْدُ ، / قَصْدًا ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَقْصِدْهُ ، عَلِمَاهُ ١٤٣/٤ و
أَوْ جِهَلَاهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَّقَ الْخِيَارَ عَلَى التَّفَرُّقِ ، وَقَدْ وَجَدَ . وَلَوْ هَرَبَ أَحَدُهُمَا
مِنْ صَاحِبِهِ ، لَزِمَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ فَارَقَهُ بِاخْتِيَارِهِ ، وَلَا يَقِفُ لُزُومُ الْعَقْدِ عَلَى رِضَاهُمَا ،
وَلِهَذَا كَانَ ابْنُ عُمَرَ يُفَارِقُ صَاحِبَهُ لِيَلْزَمَ الْبَيْعُ . وَلَوْ أَقَامَا فِي الْمَجْلِسِ ، وَسَدَلَا بَيْنَهُمَا
سِتْرًا ، أَوْ بَنَيَا بَيْنَهُمَا حَاجِزًا ، أَوْ تَامَا ، أَوْ قَامَا فَمَضَيَا جَمِيعًا وَلَمْ يَتَفَرَّقَا ، فَالْخِيَارُ
بِحَالِهِ ، وَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ لِعَدَمِ التَّفَرُّقِ . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٨) ، وَالْأَثَرُ ،
بِإِسْنَادِهِمَا عَنْ أَبِي الْوَضِيِّ ^(٩) ، قَالَ : غَزَوْنَا غَزْوَةً لَنَا ، فَتَزَلْنَا مَنَزِلًا ، فَبَاعَ
صَاحِبٌ لَنَا فَرَسًا بِغُلَامٍ ، ثُمَّ أَقَامَا بَقِيَّةَ يَوْمِهِمَا وَلَيْلَتِهِمَا ، فَلَمَّا أَصْبَحَا مِنَ الْعَدِ ،
وَحَضَرَ الرَّحِيلُ ، قَامَ إِلَى فَرَسِهِ يُسْرِجُهُ ، فَنَدِمَ ، فَأَتَى الرَّجُلَ ، وَأَخَذَهُ بِالْبَيْعِ ، فَأَبَى
الرَّجُلُ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَقَالَ : بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَبُو بَرَزَةَ صَاحِبُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . فَأَتَيْنَا
أَبَا بَرَزَةَ فِي نَاحِيَةِ الْعَسْكَرِ ^(١٠) ، فَقَالَ لَهُ هَذِهِ الْقِصَّةُ . فَقَالَ : أَتَرْضِيَانِ أَنْ أَقْضِيَ
بَيْنَكُمَا بِقَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ؟ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ
يَتَفَرَّقَا » . مَا أَرَاكُمَا افْتَرَقْتُمَا . فَإِنْ فَارَقَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ مُكْرَهًا ، احْتَمَلَ بَطْلَانُ
الْخِيَارِ ؛ لَوْجُودِ غَايَتِهِ ، وَهُوَ التَّفَرُّقُ ، وَلِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ رِضَاؤُهُ فِي مُفَارَقَةِ صَاحِبِهِ لَهُ ،

(٨) أخرجه أبو داود ، في : باب في خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٤٥ . وانظر ما

تقدم في تخریج حديث : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » صفحة ٦ .

(٩) في النسخ : « أبي الرضى » . تحريف .

(١٠) في م : « المعسكر » .

فكَذَلِكَ فِي مُفَارَقَتِهِ لِصَاحِبِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَنْقَطِعُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ عُلقَ عَلَى التَّفَرُّقِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ مَعَ الْإِكْرَاهِ ، كَمَا لَوْ عُلقَ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . فَعَلَى قَوْل مَنْ لَا يَرَى انْقِطَاعَ الْخِيَارِ ، إِنْ أُكْرِهَ أَحَدُهُمَا عَلَى فُرْقَةٍ صَاحِبِهِ ، انْقَطَعَ خِيَارُ صَاحِبِهِ ، كَمَا لَوْ هَرَبَ مِنْهُ ، وَفَارَقَهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ ، وَيَكُونُ الْخِيَارُ لِلْمُكْرِهِ مِنْهُمَا فِي الْمَجْلِسِ الَّذِي يَزُولُ عَنْهُ فِيهِ الْإِكْرَاهُ ، حَتَّى يُفَارِقَهُ ، وَإِنْ أُكْرِهَا جَمِيعًا انْقَطَعَ خِيَارُهُمَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْقَطِعُ خِيَارُهُ بِفُرْقَةِ الْآخَرِ لَهُ ، فَاشْبَهَ مَا لَوْ أُكْرِهَ صَاحِبُهُ ذَوْنَهُ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ مِنْ صُورِ الْإِكْرَاهِ ، مَا لَوْ رَأَى سَبْعًا أَوْ ظَالِمًا خَشِيَاهُ ، فَهَرَبَا فَرَعًا مِنْهُ ، أَوْ حَمَلَهُمَا سَيْلٌ أَوْ فَرَّقَتْ رِيحٌ بَيْنَهُمَا .

فصل : وَإِنْ خَرَسَ أَحَدُهُمَا ، قَامَتْ إِشَارَتُهُ مَقَامَ لَفْظِهِ ، فَإِنْ لَمْ تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ، أَوْ جُنَّ ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ ، قَامَ وَلِيُّهُ مِنَ الْأَبِ ، أَوْ وَصِيِّهِ ، أَوْ الْحَاكِمُ ، مَقَامَهُ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَطَلَ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَذَّرَ مِنْهُ الْخِيَارُ ، وَالْخِيَارُ لَا يُورَثُ . وَأَمَّا الْبَاقِي مِنْهُمَا فَيَبْطُلُ خِيَارُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالتَّفَرُّقِ ، وَالتَّفَرُّقُ بِالْمَوْتِ أَعْظَمُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَبْطُلَ ؛ لِأَنَّ التَّفَرُّقَ بِالْأَبْدَانِ لَمْ يَحْصُلْ . فَإِنْ حُمِلَ الْمَيِّتُ بَطَلَ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ حَصَلَتْ بِالْبَدَنِ وَالرُّوحِ مَعًا .

فصل : وَقَدْ رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْبَائِعُ وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفَقَةً خِيَارٍ ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَ صَاحِبَهُ خَشْيَةً أَنْ يَسْتَقِيلَهُ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ، وَالْأَثَرُمُ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(١١) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَقَوْلُهُ : « إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفَقَةً خِيَارٍ » . يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ

(١١) أخرجه النسائي ، في : باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢١/٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٥٦/٥ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٣/٢ .

الْبَيْعِ الْمَشْرُوطِ فِيهِ الْخِيَارُ ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ بَتَفَرُّقِهِمَا ، وَلَا يَكُونُ تَفَرُّقُهُمَا غَايَةً لِلْخِيَارِ فِيهِ ؛ لِكَوْنِهِ ثَابِتًا بَعْدَ تَفَرُّقِهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْبَيْعَ الَّذِي شَرَطَا فِيهِ أَنْ لَا يَكُونَ بَيْنَهُمَا فِيهِ خِيَارٌ ، فَيَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ مِنْ غَيْرِ تَفَرُّقٍ . وَظَاهِرُ الْحَدِيثِ تَحْرِيمُ مُفَارَقَةِ أَحَدِ الْمُتَبَايِعِينَ لِصَاحِبِهِ خَشْيَةً مِنْ فُسْخِ الْبَيْعِ ، وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ لَهُ فِعْلُ ابْنِ عُمَرَ ، وَحَدِيثُ عُمَرَو بْنِ شُعَيْبٍ ، فَقَالَ : هَذَا الْآنَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ ، جَوَازُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا يُعْجِبُهُ فَارَقَ صَاحِبَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٢) . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ يُقَدَّمُ عَلَى فِعْلِ ابْنِ عُمَرَ . وَالظَّاهِرُ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ لَمْ يَبْلُغْهُ هَذَا ، وَلَوْ بَلَغَهُ ^(١٣) لَمَا خَالَفَهُ .

الفصل الثالث : أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّ الْخِيَارَ يَمْتَدُّ إِلَى التَّفَرُّقِ ، وَلَا يَنْطَلُ بِالتَّخَايُرِ قَبْلَ الْعَقْدِ وَلَا بَعْدَهُ ، وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ الرَّوَايَاتِ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا » . مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ ، وَلَا تَخْصِيصٍ ، هَكَذَا رَوَاهُ ^(١٤) حَكِيمُ بْنُ حِزَامٍ ، وَأَبُو ^(١٥) بَرَزَةَ ، وَأَكْثَرُ الرَّوَايَاتِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّ الْخِيَارَ يَنْطَلُ بِالتَّخَايُرِ . اخْتَارَهَا الشَّرِيفُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، ^{١٤٤/٤ و} وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ^(١٦) فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ ^(١٧) : « فَإِنْ خَيْرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ ، فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ » ^(١٨) . يَعْنِي لَزِمَ . وَفِي لَفْظٍ : « الْمُتَبَايَعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ كَانَ عَنْ خِيَارٍ ،

(١٢) أخرجه البخاري ، في : باب كم يجوز الخيار ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٨٣/٣ . ومسلم ، في : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٣/٣ ، ١١٦٤ .

(١٣) في م : « علمه » .

(١٤) في الأصل : « رواية » .

(١٥) في الأصل : « أبي » .

(١٦ - ١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) تقدم تخريجه في : صفحة ١٠ .

فَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ عَنْ خِيَارٍ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٨) . وَالْأَخْذُ بِالزِّيَادَةِ أَوْلَى . وَالتَّخَايُرُ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ وَبَعْدَهُ فِي الْمَجْلِسِ وَاحِدٌ ، فَالتَّخَايُرُ فِي ابْتِدَائِهِ أَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ وَلَا خِيَارَ بَيْنِنَا . وَيَقْبَلُ الْآخَرُ عَلَى ذَلِكَ ، فَلَا يَكُونُ لهما خِيَارٌ . وَالتَّخَايُرُ بَعْدَهُ^(١٩) أَنْ يَقُولَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ الْعَقْدِ : اخْتَرْتُ إِمضاءَ الْعَقْدِ ، أَوْ إلْزَامَهُ ، أَوْ اخْتَرْتُ الْعَقْدَ ، أَوْ أَسْقَطْتُ خِيَارِي . فَيَلْزَمُ الْعَقْدُ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، وَإِنْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، لَزِمَ فِي حَقِّهِ وَحْدَهُ ، كَمَا لو كَانَ خِيَارُ الشَّرْطِ لهما ، فَأَسْقَطَ أَحَدُهُمَا خِيَارَهُ دُونَ الْآخَرِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : فِي التَّخَايُرِ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ قَوْلَانِ ، أَظْهَرُهُمَا لَا يُقْطَعُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لِلْحَقِّ قَبْلَ سَبَبِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَخِيَارِ الشُّفْعَةِ . فَعَلَى هَذَا ، هَلْ يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِهَذَا الشَّرْطِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « فَإِنْ نَحَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ ، فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ » . وَقَوْلُهُ : « إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ كَانَ عَنْ خِيَارٍ ، فَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ عَنْ خِيَارٍ فَقَدْ^(٢٠) وَجَبَ الْبَيْعُ »^(٢١) . وَهَذَا صَرِيحٌ فِي الْحُكْمِ ، فَلَا يُعَوَّلُ عَلَى مَا خَالَفَهُ . وَلَأَنَّ مَا أَثَرُ فِي الْخِيَارِ فِي الْمَجْلِسِ ، أَثَرٌ فِيهِ مُقَارِنًا لِلْعَقْدِ ، كَاشْتِرَاطِ الْخِيَارِ . وَلِأَنَّهُ أَحَدُ الْخِيَارَيْنِ فِي الْبَيْعِ ، فَجَازَ إِخْلَاؤُهُ عَنْهُ ، كَخِيَارِ الشَّرْطِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ إِسْقَاطٌ لِلْخِيَارِ قَبْلَ سَبَبِهِ . لَيْسَ كَذَلِكَ ، فَإِنَّ سَبَبَ الْخِيَارِ الْبَيْعُ الْمُطْلَقُ ، فَأَمَّا الْبَيْعُ مَعَ التَّخَايُرِ فَلَيْسَ بِسَبَبٍ

(١٨) أخرجه البخاري . في : باب كم يجوز الخيار ، وباب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٨٣/٣ ، ٨٤ . ومسلم ، في : باب ثبوت خيار المجلس للمبتاعين ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٤/٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على نافع في لفظ حديثه ، من كتاب البيوع . المحبى ٢١٨/٧ ، ٢١٩ . وابن ماجه ، في : باب البيعان بالخيار ما لم يفتقا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣١١/٢ .

(١٩) في م : « بعد » .

(٢٠) سقط من : م .

(٢١) تقدم تخريجه في : صفحة ١٦ .

له . ثم لو ثَبَّتَ أَنَّهُ سَبَبُ الْخِيَارِ ، لَكِنَّ الْمَانِعَ مُقَارِنٌ لَهُ ، فَلَمْ يَثْبُتْ حُكْمُهُ ، وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ ، فَإِنَّهُ أَجْنَبِيٌّ مِنَ الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاؤُهُ بِإِسْقَاطِ خِيَارِهِ فِي الْعَقْدِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ : اخْتَرْ . وَلَمْ يَقُلْ الْآخَرُ شَيْئًا ، فَالْسَّائِكُ / ١٤٤/٤ ظ
 مِنْهُمَا عَلَى خِيَارِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ مَا يُبْطِلُ خِيَارَهُ . وَأَمَّا الْقَائِلُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُبْطِلَ خِيَارَهُ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُمرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ : اخْتَرْ » . رواه البخاري ، وأبو داود ، والنسائي (٢٢) .
 وَلِأَنَّهُ جَعَلَ لِصَاحِبِهِ مَا مَلَكَهُ مِنَ الْخِيَارِ ، فَسَقَطَ خِيَارُهُ ، وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُبْطِلَ خِيَارَهُ ؛ لِأَنَّهُ خَيْرُهُ ، (٢٣) فَلَمْ يَخْتَرْ (٢٣) ، فَلَمْ يُؤْثَرْ فِيهِ (٢٤) ، كَمَا لَوْ جَعَلَ لِزَوْجَتِهِ الْخِيَارَ ، فَلَمْ تَخْتَرْ (٢٥) ، وَيُحْمَلُ الْحَدِيثُ عَلَى أَنَّهُ خَيْرُهُ فَاخْتَارَ ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِظَاهِرِ الْحَدِيثِ . وَلِأَنَّهُ جَعَلَ الْخِيَارَ لِغَيْرِهِ ، وَيُفَارِقُ الزَّوْجَةَ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا مَا لَا تَمْلِكُ ، فَإِذَا لَمْ تَقْبَلْ ، سَقَطَ ، وَهُنَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمْلِكُ الْخِيَارَ ، فَلَمْ يَكُنْ قَوْلُهُ تَمْلِكُ ، إِنَّمَا كَانَ إِسْقَاطًا ، فَسَقَطَ .

٧٠١ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ ثَلَفَتْ السَّلْعَةُ ، أَوْ كَانَ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ، أَوْ مَاتَ ، بَطَلَ الْخِيَارُ)

أَمَّا إِذَا ثَلَفَتْ السَّلْعَةُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، فَلَا يَخْلُو ، إِمَّا أَنْ تَكُونَ قَبْلَ الْقَبْضِ ، أَوْ بَعْدَهُ ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَكَانَ مَكِيلًا ، أَوْ مَوْزُونًا ، انْفَسَخَ الْبَيْعُ ، وَكَانَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ ، وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ، إِلَّا أَنْ يُثْلَفَهُ الْمُشْتَرِي ، فَيَكُونَ مِنْ ضَمَانِهِ ،

(٢٢) أخرجه البخاري ، في : باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٨٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٥/٢ . والنسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على نافع في لفظ حديثه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢١٩/٧ .

(٢٣ - ٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) في م زيادة : « شيئا » .

وَيُطْلَ خِيَارُهُ . وَفِي خِيَارِ الْبَائِعِ رَوَاتَانِ . وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ غَيْرَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، وَلَمْ يَمْنَعْ الْبَائِعُ الْمُشْتَرِيَ مِنْ قَبْضِهِ ، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي ، وَيَكُونُ كَتَلْفِهِ بَعْدَ الْقَبْضِ . وَأَمَّا إِنْ تَلَفَ الْمَبِيعُ بَعْدَ الْقَبْضِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي ، وَيُطْلَ خِيَارُهُ . وَفِي خِيَارِ الْبَائِعِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُطْلَ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخَرَقِيِّ ، وَأَبَى بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ خِيَارٌ فُسْخٌ ، فَبَطُلَ بَتَلْفِ الْمَبِيعِ ، كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ إِذَا تَلَفَ الْمَعِيبُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يُطْلَ ، وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَفْسَخَ وَيُطَالِبَ الْمُشْتَرِيَ بِقِيمَتِهِ ، وَهَذَا اخْتِيَارُ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا » . وَلِأَنَّهُ خِيَارٌ فُسْخٌ ، فَلَمْ يُطْلَ بَتَلْفِ الْمَبِيعِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا بِثَوْبٍ ، فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا ، وَوَجَدَ الْآخَرَ بِالثَّوْبِ عَيْبًا ، فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ ، وَيَرْجِعُ بِقِيمَةِ ثَوْبِهِ ، / كَذَا هُنَا . وَأَمَّا إِذَا أُعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّ خِيَارَهُ يُطْلَ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ ، وَفِي بَطْلَانِ خِيَارِ الْبَائِعِ رَوَاتَانِ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ الْمَبِيعُ . وَخِيَارُ الْمَجْلِسِ ، وَخِيَارُ الشَّرْطِ فِي هَذَا كُلُّهُ سَوَاءٌ .

و ١٤٥/٤

فصل : وَمَتَى تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ تَصَرُّفًا يَخْتَصُّ الْمِلْكَ ، بَطُلَ خِيَارُهُ ، كَاِغْتَاقِ الْعَبْدِ ، وَكِتَابَتِهِ ، وَبَيْعِهِ ، وَهَبَتِهِ ، وَوَطْءِ الْجَارِيَةِ ، أَوْ مُبَاشَرَتِهَا ، أَوْ لَمْسِهَا لِشَهْوَةٍ ، وَوَقْفِ الْمَبِيعِ ، وَرُكُوبِ الدَّابَّةِ لِحَاجَتِهِ ، أَوْ سَفَرٍ ، أَوْ حَمْلِهِ عَلَيْهَا ، أَوْ سُكْنَى الدَّارِ ، وَرَمِّهَا ، وَحَصَادِ الزَّرْعِ ، وَقَصْلِ^(١) مِنْهُ ، فَمَا وَجَدَ مِنْ هَذَا فَهُوَ رِضَاءٌ بِالْمَبِيعِ ، وَيُطْلَ بِهِ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ يُطْلَ بِالتَّصْرِيحِ بِالرِّضَاءِ ، وَبِدَلَالَتِهِ ، وَلِذَلِكَ يُطْلَ خِيَارُ الْمُعْتَقَةِ بِتَمَكِينِهَا الزَّوْجَ مِنْ وَطْئِهَا ، وَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ وَطِئْتَ فَلَا خِيَارَ لَكَ »^(٢) . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . فَأَمَّا رُكُوبُ الدَّابَّةِ لِيَنْظُرَ سَيْرَهَا ، وَالطَّحْنَ عَلَى الرَّحَى لِيَعْلَمَ

(١) الْقَصْلُ : الْقَطْعُ .

(٢) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٦٥/٤ ، ٣٧٨/٥ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي وَقْتِ الْخِيَارِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُسْنَدُ الْكَبِيرُ ٢٢٥/٧ .

قَدَرَ طَخْنَهَا ، وَحَلَبُ الشَّاةِ لِيَعْلَمَ قَدْرَ لَبْنِهَا ، وَنَحْوُ ذَلِكَ ، فَلَيْسَ بِرِضًا بِالْبَيْعِ ،
 وَلَا يُبْطَلُ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَقْصُودُ بِالْخِيَارِ ، وَهُوَ اخْتِبَارُ الْمَبِيعِ . وَذَكَرَ
 أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا فِي أَنَّ تَصَرُّفَ الْمُشْتَرِي لَا يُبْطِلُ خِيَارَهُ ، وَلَا يُبْطِلُ إِلَّا^(٣)
 بِالتَّصْرِيحِ بِالرِّضَا . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَتَضَمَّنُ إِجَازَةَ الْبَيْعِ ، وَيَدُلُّ عَلَى الرِّضَا
 بِهِ ، فَبَطَلَ بِهِ الْخِيَارُ كَصَرِيحِ الْقَوْلِ . وَلِأَنَّ الصَّرِيحَ^(٤) إِنَّمَا أُبْطِلَ الْخِيَارَ لِدَلَالَتِهِ
 عَلَى الرِّضَا بِهِ ، فَمَا دَلَّ عَلَى الرِّضَا بِهِ يَقُومُ مَقَامُهُ ، كَكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ ، تَقُومُ مَقَامَ
 صَرِيحِهِ . وَإِنْ عَرَضَهُ عَلَى الْبَيْعِ ، أَوْ بَاعَهُ بَيْعًا فَاسِدًا ، أَوْ عَرَضَهُ عَلَى الرِّهْنِ ، أَوْ
 غَيْرِهِ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ ، أَوْ وَهَبَهُ ، فَلَمْ يَقْبَلِ الْمُوْهُوبُ لَهُ ، بَطَلَ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّ^(٥) ذَلِكَ
 يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا اشْتَرَطَ الْخِيَارَ ، فَبَاعَهُ قَبْلَ ذَلِكَ بِرِبْحٍ ، فَالرِّبْحُ
 لِلْمُبْتَاعِ ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ حِينَ عَرَضَهُ . وَإِنْ اسْتَعْدَمَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ ، فَفِيهِ
 رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يُبْطَلُ خِيَارُهُ ، وَقَالَ أَبُو الصَّقَرِ^(٦) : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : رَجُلٌ
 اشْتَرَى جَارِيَةً ، وَلَهُ الْخِيَارُ فِيهَا يَوْمَيْنِ ، فَأَنْطَلَقَ بِهَا ، فَعَسَلَتْ رَأْسَهُ ، أَوْ غَمَزَتْ
 رِجْلَهُ ، أَوْ طَحَنَتْ لَهُ ، أَوْ خَبَزَتْ ، هَلْ يَسْتَوْجِبُهَا بِذَلِكَ ؟ قَالَ : لَا ، حَتَّى يَبْلُغَ
 مِنْهَا مَا لَا يَحِلُّ لِغَيْرِهِ . قُلْتُ : فَإِنْ مَشَطَهَا ، أَوْ خَضَبَهَا ، أَوْ حَفَّهَا ، هَلْ يَسْتَوْجِبُهَا
 بِذَلِكَ ؟ قَالَ : قَدْ بَطَلَ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَضَعَ يَدَهُ عَلَيْهَا . وَذَلِكَ لِأَنَّ الاسْتِخْدَامَ لَا
 يَخْتَصُّ الْمَلِكَ ، وَيُرَادُّ لِتَجْرِبَةِ الْمَبِيعِ ، فَأَشْبَهَ رُكُوبَ الدَّابَّةِ لِيَعْلَمَ سَيْرَهَا . وَنَقَلَ
 حَرْبٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يُبْطَلُ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ انْتَفَاعٌ بِالْمَبِيعِ ، أَشْبَهَ لَمْسَهَا لِشَهْوَةٍ .
 وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : مَا قُصِدَ بِهِ مِنَ الاسْتِخْدَامِ ، تَجْرِبَةُ الْمَبِيعِ ، لَا يُبْطَلُ الْخِيَارُ ،
 كَرُكُوبِ الدَّابَّةِ لِيَعْلَمَ سَيْرَهَا ، وَمَا لَا يُقْصَدُ بِهِ ذَلِكَ يُبْطَلُ الْخِيَارُ ، كَرُكُوبِ الدَّابَّةِ
 لِحَاجَتِهِ ، وَإِنْ قَبِلَتِ الْجَارِيَةُ الْمُشْتَرِي لَمْ يُبْطَلْ خِيَارُهُ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « التصريح » .

(٥) من هنا إلى نهاية قوله : « لأنه استمتاع يختص الملك فأبطل خياره » الآتي ، سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٦) يحيى بن يزداد الوراق ، وراق الإمام ، عنده جزء مسائل حسان . طبقات الحنابلة ٤٠٩/١ .

أَبُو الْخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ خِيَارُهُ إِذَا لَمْ يَمْنَعْهَا ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَهَا عَلَى ذَلِكَ يَجْرِي
مَجْرَى اسْتِمْتَاعِهِ بِهَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ قَبَّلَتْهُ لَشَهْوَةٍ بَطُلَ خِيَارُهُ ، لِأَنَّهُ اسْتِمْتَاعٌ
يَخْتَصُّ الْمَلِكَ ، فَأَبْطُلَ خِيَارُهُ ، كَقَبْلَتِهِ لَهَا . وَلَنَا : أَنَّهَا قُبْلَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ،
فَلَمْ يَبْطُلْ خِيَارُهُ ، كَمَا لَوْ قَبَلَتِ الْبَائِعُ . وَلِأَنَّ الْخِيَارَ لَهُ ، لَا لَهَا ، فَلَوْ الزَّمَنَاهُ بِفِعْلِهَا
لَازْمَنَاهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ ، وَلَا دَلَالَةَ عَلَيْهِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا قَبَّلَهَا ؛ فَإِنَّهُ ^(٧) وَجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ
عَلَى الرِّضَا بِهَا . وَمَتَى بَطُلَ خِيَارُ الْمُشْتَرِي بِتَصَرُّفِهِ ، فَخِيَارُ الْبَائِعِ بَاقٍ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّ
خِيَارَهُ لَا يَبْطُلُ بِرِضَا غَيْرِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي بِإِذْنِ الْبَائِعِ ، فَإِنَّهُ
يَبْطُلُ / خِيَارُهُمَا مَعًا ؛ لَوْجُودِ الرِّضَا مِنْهُمَا ^(٨) بِإِبْطَالِهِ . وَإِنْ تَصَرَّفَ الْبَائِعُ فِي
الْمَبِيعِ بِمَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْمَلِكِ ، كَانَ فَسْخًا لِلْبَيْعِ ، وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ،
وَالشَّافِعِيِّ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ فِي الْمُشْتَرِي . وَلِأَنَّهُ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، فَتَصَرُّفُهُ فِي الْمَبِيعِ
اخْتِيَارٌ لَهُ ، كَالْمُشْتَرِي . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ بِذَلِكَ ؛
لِأَنَّ الْمَلِكَ انْتَقَلَ عَنْهُ ، فَلَمْ يَكُنْ تَصَرُّفُهُ فِيهِ اسْتِزْجَاعًا لَهُ ، كَمَنْ وَجَدَ مَالَهُ عِنْدَ
مُقْلِسٍ ، فَتَصَرَّفَ فِيهِ .

فصل : وَيَنْتَقِلُ الْمَلِكُ إِلَى الْمُشْتَرِي فِي بَيْعِ الْخِيَارِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ،
وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْخِيَارِ لِهَما ، أَوْ لِأَحَدِهِما ، أَيُّهُمَا كَانَ ، وَهَذَا أَحَدُ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ .
وَعَنْ أَحْمَدَ : أَنَّ الْمَلِكَ لَا يَنْتَقِلُ حَتَّى يَنْقَضِيَ الْخِيَارُ ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالْقَوْلُ
الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِهَما وَلِلْبَائِعِ ^(٩) ، وَإِنْ كَانَ
لِلْمُشْتَرِي خَرَجَ عَنِ مِلْكِ الْبَائِعِ ، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الَّذِي
فِيهِ الْخِيَارُ عَقْدٌ قَاصِرٌ ، فَلَمْ يَنْتَقِلِ الْمَلِكُ ، كَالْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ
لِلشَّافِعِيِّ : أَنَّ الْمَلِكَ مَوْقُوفٌ مُرَاعَى ، فَإِنْ أَمْضِيَ الْبَيْعُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَلِكَ لِلْمُشْتَرِي ،

(٧) فِي م : « لِأَنَّهُ » .

(٨) فِي الْأَصْل : « مِنْهُمْ » .

(٩) فِي م : « أَوْ لِلْبَائِعِ » .

وَالْأَنْبِيَاءُ أَنَّهُ لَمْ يَنْتَقِلْ عَنِ الْبَائِعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ »^(١٠) . وَقَوْلُهُ : « مَنْ بَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تَوَبَّرَ فَمَمَرَّتُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١١) . فَجَعَلَهُ لِلْمُبْتَاعِ بِمُجَرَّدِ اشْتِرَاطِهِ ، وَهُوَ عَامٌّ فِي كُلِّ بَيْعٍ . وَلِأَنَّهُ بَيْعٌ صَحِيحٌ ، فَتَقَلَّ الْمِلْكُ عَقِيْبَهُ ، كَالَّذِي لَا خِيَارَ لَهُ . وَلِأَنَّ الْبَيْعَ تَمْلِيكَ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : مَلَكْتُكَ . فَيُثْبِتُ بِهِ الْمِلْكُ ، كَسَائِرِ الْبَيْعِ . يُحَقِّقُهُ أَنَّ التَّمْلِيكَ يَدُلُّ عَلَى تَقَلُّ الْمِلْكِ إِلَى الْمُشْتَرِي ، وَيَقْتَضِيهِ لَفْظُهُ ، وَالشَّرْعُ قَدْ اُعْتَبَرَهُ وَقَضَى بِصِحَّتِهِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَعْتَبَرَهُ فِيمَا يَقْتَضِيهِ وَيَدُلُّ عَلَيْهِ لَفْظُهُ ، وَثُبُوتُ الْخِيَارِ فِيهِ لَا يُنَافِيهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ عَرَضًا بِعَرَضٍ ،

(١٠) فِي مِ زِيَادَةَ : « رَوَاهُ مُسْلِمٌ » . وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ مَمَرٌ أَوْ شَرْبٌ فِي خَائِطٍ أَوْ نَخْلٍ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٥١/٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ نَخْلًا عَلَيْهَا ثَمْرٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٧٣/٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْعَبْدِ يَبَاعُ وَلَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٤٠/٢ ، ٢٤١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي ابْتِيَاعِ النَّخْلِ بَعْدَ التَّأْيِيرِ وَالْعَبْدِ وَلَهُ مَالٌ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٥٣/٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْعَبْدِ يَبَاعُ وَيُسْتَنْتَى الْمُشْتَرِي مَالَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٦١/٧ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَنْ بَاعَ نَخْلًا مُؤَبَّرًا أَوْ عَبْدًا لَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٤٦/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ عَبْدًا لَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢٥٣/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَالِ الْمَمْلُوكِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . الْمُوطَأُ ٦١١/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدُ ٩/٢ ، ٧٨ ، ٨٢ ، ١٥٠ ، ٣٠١/٣ ، ٣١٠ ، ٣٢٦/٥ .

(١١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أَبْرَتَ أَوْ أَرْضًا مَزْرُوعَةً أَوْ بِإِجَارَةٍ ، وَبَابِ بَيْعِ النَّخْلِ بِأَصْلِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ ، وَبَابِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ مَمَرٌ أَوْ شَرْبٌ فِي خَائِطٍ أَوْ فِي نَخْلٍ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ ، وَبَابُ إِذَا بَاعَ نَخْلًا قَدْ أَبْرَتَ ، مِنْ كِتَابِ الشَّرُوطِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٠٢/٣ ، ١٥٠ ، ١٥١ ، ٢٤٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ نَخْلًا عَلَيْهَا ثَمْرٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٧٢/٣ ، ١١٧٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْعَبْدِ يَبَاعُ وَلَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٤٠/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي ابْتِيَاعِ النَّخْلِ بَعْدَ التَّأْيِيرِ وَالْعَبْدِ وَلَهُ مَالٌ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٥٢/٥ ، ٢٥٣ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّخْلِ يَبَاعُ أَصْلُهَا وَيُسْتَنْتَى ثَمَرُهَا ، وَبَابِ الْعَبْدِ يَبَاعُ وَيُسْتَنْتَى الْمُشْتَرِي مَالَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٦٠/٧ ، ٢٦١ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَنْ بَاعَ نَخْلًا مُؤَبَّرًا أَوْ عَبْدًا لَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٤٥/٢ ، ٧٤٦ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي ثَمْرِ الْمَالِ يَبَاعُ أَصْلُهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . الْمُوطَأُ ٦١٧/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدُ ٦/٢ ، ٩ ، ٥٤ ، ٦٣ ، ٧٨ ، ٨٢ ، ١٠٢ ، ١٥٠ ، ٣٢٦/٥ .

فَوَجَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا اشْتَرَاهُ عَيْبًا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ قَاصِرٌ . غَيْرُ صَحِيحٍ ، وَجَوَازُ
فَسْخِخِهِ لَا يُوجِبُ قُصُورَهُ ، وَلَا يَمْنَعُ نَقْلَ الْمِلْكِ كَبَيْعِ الْمَعِيبِ ، وَامْتِنَاعُ التَّصَرُّفِ
إِنَّمَا كَانَ لِأَجْلِ حَقِّ الْغَيْرِ ، فَلَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ ، كَالْمَرْهُونِ ، وَالْمَبِيعِ قَبْلَ
الْقَبْضِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَخْرُجُ / مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ ، وَلَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي .
لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى وُجُودِ مِلْكٍ لَا مَالِكَ لَهُ ، وَهُوَ مُحَالٌ ، وَيُفْضَى أَيْضًا
إِلَى ثُبُوتِ الْمِلْكِ لِلْبَائِعِ ^(١٢) مِنْ غَيْرِ حُصُولِ عَوَضِهِ لِلْمُشْتَرِي ، أَوْ إِلَى نَقْلِ مِلْكِهِ
عَنِ الْمَبِيعِ مِنْ غَيْرِ ثُبُوتِهِ فِي عَوَضِهِ ، وَكَوْنُ الْعَقْدِ مُعَاوَضَةً يَأْتِي ذَلِكَ . وَقَوْلُ أَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ : إِنَّ الْمِلْكَ مَوْقُوفٌ ، إِنْ أَمْضِيَ الْبَيْعُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ انْتَقَلَ ، وَإِلَّا فَلَا . غَيْرُ صَحِيحٍ
أَيْضًا ؛ فَإِنَّ انْتِقَالَ الْمِلْكِ إِنَّمَا يَنْبَنِي عَلَى سَبَبِهِ النَّاقِلَ لَهُ ، وَهُوَ الْبَيْعُ ، وَذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ
بِإَمْضَائِهِ وَفَسْخِخِهِ ، فَإِنْ إِمْضَاءُهُ لَيْسَ مِنَ الْمُقْتَضَى وَلَا شَرْطًا فِيهِ ، إِذْ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ
لَمَا ثَبَتَ الْمِلْكُ قَبْلَهُ ، وَالْفَسْخُ لَيْسَ بِمَانِعٍ ؛ فَإِنَّ الْمَنْعَ لَا يَتَقَدَّمُ الْمَانِعَ ، كَمَا أَنَّ الْحُكْمَ
لَا يَسْبِقُ سَبَبَهُ وَلَا شَرْطَهُ . وَلَئِنْ الْبَيْعُ مَعَ الْخِيَارِ سَبَبٌ يَثْبُتُ الْمِلْكُ عَقِيْبَهُ فِيمَا إِذَا
لَمْ يُفْسَخْ ، فَوَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ ^(١٣) وَإِنْ فُسِخَ ، كَبَيْعِ الْمَعِيبِ ، وَهَذَا ظَاهِرٌ إِنْ شَاءَ
اللَّهُ .

١٤٦/٤ و

فصل : وما يحصل من غلات المبيع ، ونمائيه المنفصل في مدة الخيار ، فهو
لِلْمُشْتَرِي ، أَمْضِيَ الْعَقْدُ ، أَوْ فَسَخَاهُ ، قَالَ أَحْمَدُ فِي مَنْ اشْتَرَى عَبْدًا ، فَوَهَبَ لَهُ
مَالًا قَبْلَ التَّفْرِيقِ ، ثُمَّ اخْتَارَ الْبَائِعُ الْعَبْدَ : فَالْمَالُ لِلْمُشْتَرِي . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ أَمْضِيَ
الْعَقْدُ ، وَقُلْنَا : الْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي ، أَوْ مَوْقُوفٌ . فَالنَّمَاءُ الْمُنْفَصِلُ لَهُ ، وَإِنْ قُلْنَا :
الْمِلْكُ لِلْبَائِعِ . فَالنَّمَاءُ لَهُ . وَإِنْ فَسَخَا الْعَقْدُ ، وَقُلْنَا : الْمِلْكُ لِلْبَائِعِ ، أَوْ مَوْقُوفٌ .
فَالنَّمَاءُ لَهُ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْحَرَاجُ بِالضَّمَانِ » .

(١٢) في م زيادة : « في الثمن » .

(١٣) في م : « يثبت » .

قال الترمذی^(١٤) : هذا حديث صحيح . وهذا من ضمان المشتري ، فيجب أن يكون خراج له . ولأن الملك ينتقل بالبيع^(١٥) على ما ذكرنا ، فيجب أن يكون نماء له ، كما^(١٦) بعد انقضاء الخيار . ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع إذا فسح العقد ، بناءً على الرواية التي قلنا : إن الملك لا ينتقل . فأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع ، أمضيا العقد ، أو فسحاه ، كما يتبعه في الرد بالعيب والمقايلة .

فصل : وضمان المبيع على المشتري إذا قبضه ، ولم^(١٧) يكن مكيلاً ، ولا موزوناً . فإن تلف ، أو نقص ، أو حدث به عيب في مدة الخيار ، فهو من ضمانه ؛ لأنه ملكه ، وغلته له ، فكان من ضمانه ، كما بعد انقضاء الخيار ، / ومؤنته عليه . ١٤٦/٤ ظ
وإن كان عبداً ، فهل هلال شوال ، ففطرته عليه لذلك . فإن اشترى حاملاً ، فولدت عنده في مدة الخيار ، ثم ردها على البائع ، لزمه رد ولدها ؛ لأنه مبيع حدث فيه زيادة متصلة ، فلزمه رده بزيادته ، كما لو اشترى عبدين ، فسمن أحدهما عنده . وقال الشافعي في أحد قولي : لا يرد الولد ؛ لأن الحمل لا حكم له ؛ لأنه جزء متصل بالأُم ، فلم يأخذ قسماً من الثمن ، كأطرافها . ولنا ، أن كل ما يقسط عليه الثمن إذا كان منفصلاً ، يقسط عليه إذا كان متصلاً ، كاللبن . وما قالوه يطل بالجزء المشاع ، كالثلث ، والرُّبع ، والحكم في الأصل ممنوع ، ثم يفارق الحمل الأطراف ؛ لأنه يؤول إلى الانفصال ، ويتنفع به منفصلاً ، ويصح إفراده بالعتيق ،

(١٤) في : باب ما جاء في من يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيباً ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٨٥/٥ ، ٢٨٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في من اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٤/٢ ، ٢٥٥ . والنسائي ، في : باب الخراج بالضمان ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٣/٧ . وابن ماجه ، في : باب الخراج بالضمان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٩/٦ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧ .

(١٥) في م : « بالمبيع » .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) في الأصل : « أو لم » .

وَالْوَصِيَّةُ بِهِ ، وَلَهُ ، وَيَرِثُ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ ، وَيُفَرَّدُ بِالذِّيَّةِ ، وَيَرِثُهَا وَرَثَتُهُ .
وَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُمْ : إِنَّهُ لَا حُكْمَ لِلْحَمَلِ . لِهَذِهِ الْأَحْكَامِ وَغَيْرِهَا مِمَّا ذَكَرْنَاهُ فِي غَيْرِ
هَذَا الْمَوْضِعِ .

فصل : وَإِنْ تَصَرَّفَ أَحَدُ الْمُتَبَايِعِينَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فِي الْمَبِيعِ تَصَرُّفًا يَنْقُلُ الْمَبِيعَ ،
كَالْبَيْعِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالْوَقْفِ ، أَوْ يَشْغَلُهُ ، كَالْإِجَارَةِ ، وَالتَّزْوِيجِ ، وَالرَّهْنِ ،
وَالكِتَابَةِ ، وَنَحْوِهَا ، لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ ، إِلَّا الْعِتْقُ ، سِوَاءِ وَجَدَ مِنَ الْبَائِعِ ، أَوْ
الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ تَصَرَّفَ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، وَالْمُشْتَرِي يُسْقِطُ حَقَّ الْبَائِعِ مِنَ
الْخِيَارِ ، وَاسْتِرْجَاعِ الْمَبِيعِ ، فَلَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، كَالْتَصَرُّفِ فِي الرَّهْنِ ، إِلَّا
أَنْ يَكُونَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ ، فَيَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ ، وَيَبْطُلُ^(١٨) خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ
لِغَيْرِهِ فِيهِ ، وَتُبُوْتُ الْخِيَارِ لَهُ لَا يَمْنَعُ تَصَرُّفَهُ فِيهِ ، كَالْمَعْيَبِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا اشْتَرَطَ
الْخِيَارَ ، فَبَاعَهُ قَبْلَ ذَلِكَ بِرِبْحٍ ، فَالرِّبْحُ لِلْمُبْتَاعِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ حِينَ عَرْضِهِ .
يَعْنِي بَطْلَ خِيَارِهِ ، وَلَزِمَهُ . وَهَذَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ فِيمَا إِذَا اشْتَرَطَ الْخِيَارَ لَهُ وَحْدَهُ ، وَكَذَلِكَ
إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْبَيْعَ لَا يَنْقُلُ الْمِلْكَ ، وَكَانَ الْخِيَارُ لهُمَا ، أَوْ لِلْبَائِعِ وَحْدَهُ ، فَتَصَرَّفَ
فِيهِ الْبَائِعُ ، نَفَذَ تَصَرُّفُهُ ، وَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ ، وَلَهُ إِبْطَالُ خِيَارِ غَيْرِهِ ، وَقَالَ ابْنُ
أَبِي مُوسَى : فِي تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ التَّفَرُّقِ بَيْعٍ أَوْ هَبَةٍ رَوَاتَانِ ؛
إِحْدَاهُمَا / ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ فِي صِحَّتِهِ إِسْقَاطَ حَقِّ الْبَائِعِ مِنَ الْخِيَارِ . وَالثَّانِيَّةُ ،
هُوَ مَوْقُوفٌ ؛ فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ الْفَسْخِ صَحَّ ، وَإِنْ اخْتَارَ الْبَائِعُ الْفَسْخَ بَطَلَ بَيْعُ
الْمُشْتَرِي . قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ : إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِشَرْطٍ ، فَبَاعَهُ بِرِبْحٍ
قَبْلَ انْقِضَاءِ الشَّرْطِ ، يَرْدُّهُ إِلَى صَاحِبِهِ إِنْ طَلَبَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى رَدِّهِ ، فَلِلْبَائِعِ
قِيَمَةُ الثَّوْبِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَهْلَكَ ثَوْبَهُ ، أَوْ يُصَالِحُهُ . فَقَوْلُهُ : يَرْدُّهُ إِنْ طَلَبَهُ . يَدُلُّ عَلَى
أَنْ وَجُوبَ رَدِّهِ مَشْرُوطٌ بِطَلَبِهِ . وَقَدْ رَوَى الْبُخَارِيُّ^(١٩) ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّهُ كَانَ

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ يَبْطُلُ » .

(١٩) فِي : بَابِ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا فَوَهَبَ مِنْ سَاعَتِهِ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَفِي : بَابِ كَيْفَ =

مع رسول الله ﷺ في سفر ، فكان على بكر صعب ، وكان يتقدم النبي ﷺ ، فيقول له أبوه : لا يتقدم النبي ﷺ أحد . فقال له النبي ﷺ : « بعينه » . فقال عمر : هو لك يا رسول الله . فقال النبي ﷺ : « هو لك يا عبد الله بن عمر ، فأصنع به ما شئت » . وهذا يدل على أن التصرف قبل التفريق جائز ، وذكر أصحابنا في صحة تصرف المشتري بالوقف وجه آخر ؛ لأنه تصرف يبطل الشفعة ، فاشبه العتق ، والصحيح أنه لا يصح شيء من هذه التصرفات ؛ لأن المبيع يتعلق به حق البائع تعلقاً يمنع جواز التصرف ، فمنع صحته ، كالرهن . ويفارق الوقف العتق ؛ لأن العتق مبني على التغليب والسراية ، بخلاف الوقف . وأما حديث ابن عمر ، فليس فيه تصريح بالبيع ، فإن قول عمر : هو لك . يحتمل أنه أراد هبة ، وهو الظاهر ، فإنه لم يذكر ثمنًا ، والهبة لا يثبت فيها الخيار . وقال الشافعي : تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبة ونحوهما صحيح ؛ لأنه إما أن يكون على ملكه فيملك بالعقد^(٢٠) عليه ، وإما أن يكون للمشتري ، والبائع يملك فسحّه ، فجعل البيع والهبة فسحًا . وأما تصرف المشتري ، فلا يصح إذا قلنا : المملك لغيره . وإن قلنا : المملك له . ففي صحة تصرفه وجهان . ولنا ، على إبطال تصرف البائع ، أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية ، ولا نيابة عرفية ، فلم يصح ، كما بعد الخيار . وقولهم^(٢١) : يملك الفسخ . قلنا : / إلا أن ابتداء التصرف لم يصادف ملكه ، فلم يصح ، كتصرف الأب فيما وهب لولده قبل استرجاعه ، وتصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل أخذه .

فصل : وإن تصرف المشتري بإذن البائع ، أو البائع بوكالة المشتري ، صح التصرف ، وانقطع خيارهما ؛ لأن ذلك يدل على تراضيهما بمضاء البيع ، فيقطع

= يقبض العبد المتاع ، وباب من أهدى له هدية وعنده جلساؤه فهو أحق ... ، وباب إذا وهب بعير الرجل وهو راكب فجائز ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٨٥/٣ ، ٢٠٩ ، ٢١٢ ، ٢١٣ .

(٢٠) في الأصل : « العقد » .

(٢١) في م : « قولهم » .

به خيارهما ، كما لو تخايرا ، ويصح تصرفهما ؛ لأن قطع الخيار حصل بالإذن في البيع ، فيقع البيع بعد انقطاع الخيار . وإن تصرف البائع بإذن المشتري ، احتمل أن يقع صحيحا ؛ لأن ذلك دليل على فسخ البيع ، أو استرجاع المبيع ، فيقع تصرفه بعد استرجاعه ، ويحتمل أن لا يصح ؛ لأن البائع لا يحتاج إلى إذن المشتري في استرجاع المبيع ، فيصير كتصرفه بغير إذن المشتري ، وقد ذكرنا أنه لا يصح ، كذا ههنا . وكل موضع قلنا : إن تصرف البائع لا ينفذ ، ولكن يفسخ به البيع . فإنه متى أعاد ذلك التصرف ، أو تصرف تصرفا سواه ، صح ؛ لأنه يفسخ البيع عاد إليه الملك ، فصح تصرفه فيه ، كما لو فسخ البيع بصريح قوله ، ثم تصرف فيه ، وكذلك إن تقدم تصرفه ما يفسخ به البيع ، صح تصرفه ؛ لما ذكرنا .

فصل : وإن تصرف أحدهما بالعتيق ، نفذ عتق من حكمنا بالملك له ، وظاهر المذهب أن الملك للمشتري ، فينفذ عتقه ، سواء كان الخيار لهما ، أو لأحدهما ؛ لأنه عتق من مالك جائز التصرف ، فنفذ ، كما بعد المدة . وقول النبي ﷺ : « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم »^(٢٢) . يدل بمفهومي على أنه ينفذ^(٢٣) في الملك ، وملك البائع للفسخ لا يمنع نفوذ العتيق ، كما لو باع عبدا بجارية معينة^(٢٤) ، فإن مشتري العبد ينفذ عتقه ، مع أن للبائع الفسخ . ولو وهب رجل ابنه عبدا ، فأعتقه ، نفذ عتقه ، مع ملك الأب لاسترجاعه . ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب . وقال أبو حنيفة ، والشافعي ، ومالك : ينفذ عتقه ؛ لأنه ملكه ، وإن كان الملك انتقل فإنه يسترجعه بالعتيق . ولنا ، أنه إعتاق من غير مالك ، فلم ينفذ ، / كعتق الأب عبداً ابنه الذي وهبه^(٢٥) إياه ، وقد دللنا على أن الملك انتقل إلى المشتري .

و ١٤٨/٤

(٢٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في الطلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٠٦/١ .
والترمذي ، في : باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٤٧/٥ . وابن
ماجه ، في : باب لا طلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٦٠/١ . والإمام أحمد ، في :
المسند ١٩٠/٢ .

(٢٣) في الأصل : « تنفيذ » .

(٢٤) في الأصل ، م : « معينة » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢٥) في الأصل : « رهنه » .

وإن قلنا بالرواية الأخرى ، وأن المِلْك لم يَنْتَقِلْ إلى المُشْتَرِي ، نَفَذَ عِتْقُ الْبَائِعِ دُونَ الْمُشْتَرِي . وإن أُعْتِقَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي جَمِيعًا ، فَإِنْ تَقَدَّمَ عِتْقُ الْمُشْتَرِي ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ تَقَدَّمَ عِتْقُ الْبَائِعِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَنْفُذَ عِتْقُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقَهُ ؛ لِكَوْنِهِ أُعْتِقَ غَيْرَ مَمْلُوكِهِ ، وَلَكِنْ حَصَلَ بِإِعْتَاقِهِ فَسْخُ الْبَيْعِ ، وَاسْتِرْجَاعُ الْعَبْدِ ، فَلَمْ يَنْفُذْ عِتْقُ الْمُشْتَرِي . وَمتى أعَادَ الْبَائِعُ الْإِعْتَاقَ مَرَّةً ثَانِيَةً ، نَفَذَ إِعْتَاقَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَادَ الْعَبْدَ إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَرْجَعَهُ بِصَرِيحِ قَوْلِهِ . وَلَوْ اشْتَرَى مِنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، جَرَى مَجْرَى إِعْتَاقِهِ بِصَرِيحِ قَوْلِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ . وَإِنْ بَاعَ عَبْدًا بِجَارِيَةٍ ، بِشَرْطِ الْخِيَارِ ، فَأَعْتَقَهُمَا ، نَفَذَ عِتْقُ الْأَمَةِ دُونَ الْعَبْدِ . وَإِنْ أُعْتِقَ أَحَدُهُمَا ، ثُمَّ أُعْتِقَ الْآخَرُ ، نَظَرْتُ ، فَإِنْ أُعْتِقَ الْأَمَةُ أَوَّلًا ، نَفَذَ عِتْقُهَا ، وَبَطَلَ خِيَارُهُ ، وَلَمْ يَنْفُذْ عِتْقُ الْعَبْدِ ، وَإِنْ أُعْتِقَ الْعَبْدُ أَوَّلًا ، انْفَسَخَ الْبَيْعُ ، وَرَجَعَ إِلَيْهِ الْعَبْدُ ، وَلَمْ يَنْفُذْ إِعْتَاقَهُ ، وَلَا يَنْفُذُ عِتْقُ الْأَمَةِ ؛ لِأَنَّهُا خَرَجَتْ بِالْفَسْخِ عَنْ مِلْكِهِ ، وَعَادَتْ إِلَى سَيِّدِهَا الْبَائِعِ لَهَا .

فصل : إذا قال لِعَبْدِهِ : إذا بَعْتُكَ فَأَنْتَ حُرٌّ . ثم بَاعَهُ ، صَارَ حُرًّا ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَسَوَاءٌ شَرَطَا الْخِيَارَ أَوْ لَمْ يَشْرُطَاهُ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ : لَا يَعْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَمَّ بَيْعُهُ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ . فَلَمْ يَنْفُذْ إِعْتَاقَهُ لَهُ . وَلَنَا ، أَنْ زَمَنَ انْتِقَالَ الْمِلْكِ زَمَنُ الْحُرِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ سَبَبٌ لِنَقْلِ الْمِلْكِ ، وَشَرْطُ لِلْحُرِّيَّةِ . فَيَجِبُ تَغْلِيْبُ الْحُرِّيَّةِ ، كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ : إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ ، وَلِأَنَّهُ عَلَّقَ حُرِّيَّتَهُ عَلَى فِعْلِهِ لِلْبَيْعِ . وَالصَّادِرُ مِنْهُ فِي الْبَيْعِ إِنَّمَا هُوَ الْإِيجَابُ ، فَمتى قَالَ لِلْمُشْتَرِي : بَعْتُكَ . فَقَدْ وَجَدَ شَرْطَ الْحُرِّيَّةِ ، فَيَعْتَقُ قَبْلَ قَبُولِ الْمُشْتَرِي ، وَعَلَلَهُ الْقَاضِي بِأَنَّ الْخِيَارَ ثَابِتٌ فِي كُلِّ بَيْعٍ ، فَلَا يَنْقَطِعُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ . فَعَلَى هَذَا لَوْ تَخَايَرَا ثُمَّ بَاعَهُ لَمْ يَعْتَقُ ، وَلَا يَصِحُّ هَذَا التَّعْلِيلُ عَلَى مَذْهَبِنَا . فَإِنَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْبَائِعَ لَوْ أُعْتِقَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ لَمْ يَنْفُذْ / إِعْتَاقَهُ .

ظ ١٤٨/٤

فصل : ولا يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي وَطْءُ الْجَارِيَةِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لَهَا أَوْ لِلْبَائِعِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الْبَائِعِ ، فَلَمْ يُيَحَّ لَهُ وَطْؤُهَا كَالْمَرْهُوَةِ ، وَلَا نَعْلَمُ

في هذا خلافاً^(٢٦) ، فإن وطئها فلا حدّ عليه ؛ لأنّ الحدّ يُدْرَأُ^(٢٧) بالشبهة للملك^(٢٧) فيحقيقته أولى ، ولا مهر لها ؛ لأنها مملوكة ، وإن علقت منه ، فالولد حرّ يلحقه نسبه ؛ لأنه من أمته ، ولا يلزمه قيمته ، وتصير أم ولد له ، وإن فسّخ البائع البيع رجع بقيمتها ؛ لأنه تعدّر الفسخ فيها ، ولا يرجع بقيمة ولدها ؛ لأنه حدث في ملك المشتري . وإن قلنا : إن الملك لا ينتقل إلى المشتري ، فلا حدّ عليه أيضا ؛ لأنّ له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك إليه ، واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له ، والحدّ يُدْرَأُ بالشبهات ، وعليه المهر ، وقيمة الولد يكون حكمها حكم نكاحها ، وإن علم التحريم ، وأن ملكه غير ثابت ، فولده رقيق . وأمّا البائع فلا يحلّ له الوطء قبل فسّخ البيع . وقال بعض أصحاب الشافعي : له وطؤها ؛ لأنّ البيع ينفسخ بوطئه ، فإن كان الملك انتقل رجعت إليه ، وإن لم يكن انتقل انقطع حق المشتري منها^(٢٨) ، فيكون واطئاً لمملوكته التي لا حقّ لغيره فيها . ولنا ، أن الملك انتقل عنه فلم يحلّ له وطؤها ؛ لقول الله تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۚ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾^(٢٩) ، ولأنّ ابتداء الوطء يقع في غير ملكه ، فيكون حراماً . ولو انفسخ البيع قبل وطئه ، لم تحلّ له^(٣٠) حتى يستبرئها ، ولا يلزمه حدّ . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وقال بعض أصحابنا : إن علم التحريم ، وأن ملكه قد زال ، ولا ينفسخ بالوطء ، فعليه الحدّ . وذكر أن أحمد نصّ عليه ؛ لأنّ وطأه لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك . ولنا ، أن ملكه يحصل ابتداءً وطئه ، فيحصل تمام الوطء في ملكه ، مع اختلاف العلماء في كون الملك له ، وحلّ الوطء له ، ولا يجب الحدّ

(٢٦) في م : « اختلاف » .

(٢٧) (٢٧-٢٧) في م : « بشبه الملك » .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) سورة المؤمنون ٦ ، ٧ .

(٣٠) سقط من : الأصل .

مع واحدة من هذه الشبهات ، فكيف إذا اجتمعت ! مع أنه يحتمل أن يحصل الفسخ بالملازمة قبل الوطء ، / فيكون الملك قد رجع إليه قبل وطئه ، ولهذا قال أحمد في المشتري : إنها قد وجبت عليه حين وضع يده عليها . فيما إذا مشطها ، أو خضبها ، أو حفها ، فبوضع يده عليها للجماع ولمس فرجها بفرجه أولى . فعلى هذا يكون ولده منها حراً ، ونسبه لاحق به ، ولا يلزمه قيمته ، ولا مهر عليه ، وتصير الأمة أم ولده . وقال أصحابنا : إن علم التحريم فولده رقيق ، ولا يلحقه نسبه . فإن لم يعلم لحقه النسب ، فولده حر ، وعليه قيمته يوم الولادة ، وعليه المهر ، ولا تصير الأمة أم ولده ، لأنه وطئها في غير ملكه .

فصل : ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار . وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، وكرهه مالك . قال : لأنه في معنى بيع وسلف إذا أقبضه الثمن ثم تفاسخا البيع ، صار كأنه أقرضه إياه . ولنا ، أن هذا حكم من أحكام البيع ، فجاز في مدة الخيار ، كالأجارة ، وما ذكره لا يصح ؛ لأننا (٣١) لا نجز (٣٢) له التصرف فيه .

فصل : قول الخرقي : « أو مات » الظاهر أنه أراد العبد ، ورد الضمير إليه ، وهو في معنى قوله : « أو تلفت السلعة » . ويحتمل أنه رد الضمير إلى المشتري ، وأراد إذا مات المشتري بطل الخيار ؛ لأن موت العبد قد تناوله بقوله : « أو تلفت السلعة » . والحكم في موت البائع والمشتري واحد . والمذهب أن خيار الميِّت منهما يبطل بموته ، ويبقى خيار الآخر بحاله ، إلا أن يكون الميِّت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه (٣٣) ، فيكون لورثته . وهو قول الثوري ، وأبي حنيفة . ويتخرج أن الخيار لا يبطل ، وينتقل إلى ورثته ؛ لأنه حق مالي ، فينتقل إلى الوارث ، كالأجل وخيار الرد بالعيب ، ولأنه حق فسخ للبيع ، فينتقل إلى الوارث ، كالرد بالعيب ،

(٣١ - ٣٢) في : م « لم نجز » .

(٣٢) سقط من : الأصل .

والفسخ بالتخالف ، وهذا قول مالك ، والشافعي . ولنا ، أنه حق فسخ لا يجوز
الاعتياض عنه ؛ فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة .

٧٠٢ - مسألة ؛ قال : (وإذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لأحدهما رده إلا
بعتب أو خيار)

لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفريق ، ما لم يكن سبب يقتضي جوازه ، وقد
دل عليه قول النبي ﷺ : « وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب
البيع »^(١) ، وقوله : « البيعان / بالخيار حتى يتفرقا »^(٢) . جعل التفريق غاية
للخيار . وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفا لما قبلها ، إلا أن يجد بالسَّلعة عيبا
فيردها به ، أو يكون قد شرط الخيار لنفسه مدة معلومة ، فيملك الرد أيضا . ولا
خلاف بين أهل العلم في ثبوت الرد بهذين الأمرين . وقد قال النبي ﷺ :
« المؤمنون على شروطهم » . استشهد به البخاري^(٣) . وفي معنى العيب أن
يُدلس^(٤) المبيع بما يختلف به الثمن ، أو يشترط في المبيع صفة يختلف بها الثمن ،
فيتبين بخلافه ، فيثبت له الخيار أيضا . ويقرب منه ما لو أخبره في المراجعة في الثمن
أنه حال ، فبان مؤجلا ، ونحو هذا ، ونذكر هذا في مواضعه .

فصل : ولو ألحقا في العقد خيارا بعد لزومه لم يلحقه . وبهذا قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة وأصحابه : يلحقه ؛ لأن لهما فسخ العقد ، فكان لهما إلحاق الخيار
به كحالة المجلس . ولنا ، أنه عقد لازم فلم يصير جائزا بقولهما ، كالتكاح .
وفارق حال المجلس ؛ لأنه جائز .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٠ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٣) في : باب أجر السمسة ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ١٢٠/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٧٣/٢ .

(٤) في : الأصل « تدليس » .

فصل : وكلام الخرقى يحتمل أن يريد به بيع الأغنياء المرئية ، فلا يكون فيه تعرض لبيع الغائب ، ويحتمل أنه أراد كل ما يسمى خياراً ، فيدخل فيه خيار الرؤية وغيره . وفي بيع الغائب روايتان ؛ أظهرهما ، أن الغائب الذى لم يوصف ، ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه . وبهذا قال الشعبي ، والنخعي ، والحسن ، والأوزاعي ، ومالك ، وإسحاق . وهو أحد قولى الشافعى . وفيه^(٥) رواية أخرى ، أنه يصح . وهو مذهب أبى حنيفة ، والقول الثانى للشافعى . وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية ؟ على روايتين ؛ أشهرهما ثبوته . وهو قول أبى حنيفة . واحتج من أجازهُ بعموم قول الله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٦) . وروى عن عثمان ، وطلحة ، أنهما تبايعا داريهما بالكوفة ، والأخرى بالمدينة ، فقبل لعثمان : إنك قد غبنْتَ ، فقال : ما أبالي ؛ لأننى بغتُ ما لم أره . وقيل لطلحة ، فقال : لى الخيار ؛ لأننى اشتريتُ ما لم أره . فتحاكما إلى جبير^(٧) ، فجعل الخيار لطلحة^(٨) . وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ، ولأنه عقد معاوضة ، فلم تفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه ، كالنكاح . ولنا ، ما روى عن النبى ﷺ ، أنه نهى عن بيع الغرر . / رواه مسلم^(٩) . ١٥٠/٤ و

(٥) فى م : « وفى » .

(٦) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٧) هو جبير بن مطعم بن عدى القرشى النوفلى الصحابى ، كان ممن يتحاكم إليه ، وتوفى سنة ست وخمسين . تهذيب التهذيب ٦٣/٢ .

(٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٦٨/٥ .

(٩) فى : باب بطلان بيع الحصى والبيع الذى فيه غرر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٣/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الغرر ، وباب فى بيع المضطر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٨/٢ ، ٢٢٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الغرر ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣٧/٥ . والنسائى ، فى : باب بيع الحصاة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٠/٧ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الحصاة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٩/٢ . والدارمى ، فى : باب النهى عن بيع الغرر ، وباب فى الحصاة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٥١/٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ . والإمام مالك ، فى : باب بيع الغرر ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٦٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١١٦/١ ، ٣٠٢ ، ١٥٥/٢ ، ٢٥٠ ، ٣٧٦ ، ٤٣٦ ، ٤٣٩ ، ٤٩٦ .

ولأنه باع ما لم يره^(١٠) ولم يوصف له ، فلم يصح ، كبيع التوى فى التمر ، ولأنه
نوع بيع فلم يصح مع^(١١) الجهل بصفة المبيع ، كالسلم ، والآية مخصوصة
بالأصل الذى ذكرناه . وأما حديث عثمان وطلحة ، فيحتمل أنهما تباعا بالصفة ،
على أنه قول صحابي ، وفى كونه حجة خلاف ، ولا يعارض به حديث رسول الله
ﷺ ، والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ، ولا يفسد بفساد العوض ، ولا يترك
ذكره ، ولا يدخله شئ من الخيارات . وفى اشتراط الرؤية مشقة على المحدرات
وإضرار بهن . على أن الصفات التى تعلم بالرؤية ليست هى المقصودة بالنكاح ،
فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع . فإن قيل : فقد روى عن النبى ﷺ أنه قال :
« من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه »^(١٢) . والخيار لا يثبت إلا فى عقد
صحيح . قلنا : هذا يرويه عمر بن إبراهيم الكردى ، وهو متروك الحديث^(١٣) .
ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه . إذا ثبت هذا ، فإنه يشترط رؤية ما
هو مقصود بالبيع ، كداخل الثوب ، وشعر الجارية ، ونحوهما . فلو باع ثوبا
مطويا ، أو عينا حاضرة ، لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله ، كان كبيع
الغائب . وإن حكمنا بالصحة ، فللمشتري الخيار عند رؤية المبيع فى الفسخ
والإمضاء ، ويكون على الفور ، فإن اختار الفسخ فله ذلك ، وإن لم يفسخ لزم
العقد ؛ لأن الخيار خيار الرؤية ، فوجب أن يكون عندها . وقيل : يتقيد بالمجلس
الذى وجدت الرؤية فيه ؛ لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط ، فتقيد
بالمجلس كخيار المجلس . وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ ؛ لأن العقد غير
لازم فى حقه ، فملك الفسخ ، كحالة الرؤية . وإن اختار إمضاء العقد ، لم يلزم ؛

(١٠) فى م : « يره » .

(١١) فى الأصل : « مع بيع » .

(١٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٦٨/٥ .

والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٤/٣ .

(١٣) وانظر : ميزان الاعتدال ١٧٩/٣ .

لأنَّ الخِيَارَ يَتَعَلَّقُ بِالرُّؤْيَةِ ، ولأنَّه يُؤدِّي إلى إلزامِ العَقْدِ على المَجْهُولِ ، فيُفْضَى إلى الضَّرَرِ ، وكذلك لو تَبَايَعَا بِشَرْطِ أَنْ لَا يَثْبُتَ الخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي ، لم يَصِحَّ الشَّرْطُ لذلك . وهل يَفْسُدُ البَيْعُ بهذا الشَّرْطِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على الشُّرُوطِ الفاسِدةِ في البَيْعِ .

فصل : وَيُعْتَبَرُ لِصِحَّةِ العَقْدِ الرُّؤْيَةُ مِنَ البَائِعِ وَالْمُشْتَرِي / جَمِيعًا ، وإن قلنا ١٥٠/٤ ظ بِصِحَّةِ البَيْعِ مَعَ عَدَمِ الرُّؤْيَةِ ، فَبَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ ، فَلَهُ الخِيَارُ عِنْدَ الرُّؤْيَةِ ، وإن لم يَرَهُ الْمُشْتَرِي أَيْضًا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الخِيَارُ . وبهذا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : ^(١٤) « لَا خِيَارَ لَهُ » ؛ لِحَدِيثِ عُثْمَانَ وَطَلْحَةَ ، وَلأنَّنَا لو جَعَلْنَا لَهُ الخِيَارَ لَثَبَّتْ لِتَوَهُّمِ الزِّيَادَةِ ، وَالزِّيَادَةُ فِي المَبِيعِ لَا تُثْبِتُ الخِيَارَ . وَكَذَلِكَ لو بَاعَ شَيْئًا عَلَى أَنَّهُ مَعِيبٌ ، فَبَانَ غَيْرَ مَعِيبٍ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الخِيَارُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ جَاهِلٌ بِصِفَةِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فَأُشْبِهَ الْمُشْتَرِي ، فَأَمَّا الخَبَرُ ، فَإِنَّهُ قَوْلُ جُبَيْرٍ وَطَلْحَةَ ، وَقَدْ خَالَفَهُمَا عُثْمَانُ ، وَقَوْلُهُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ البَيْعَ يُعْتَبَرُ فِيهِ الرِّضَى مِنْهُمَا ، فَتُعْتَبَرُ الرُّؤْيَةُ الَّتِي هِيَ مِثْلُةُ الرِّضَى مِنْهُمَا .

فصل : وَإِذَا وَصَفَ المَبِيعَ لِلْمُشْتَرِي ، فَذَكَرَ لَهُ مِنْ صِفَاتِهِ مَا يَكْفِي فِي صِحَّةِ السَّلَمِ ، صَحَّ بَيْعُهُ فِي ظَاهِرِ المَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، لَا يَصِحُّ حَتَّى يَرَاهُ ؛ لِأَنَّ الصُّفَّةَ لَا تَحْصُلُ بِهَا مَعْرِفَةُ المَبِيعِ ، فَلَمْ يَصِحَّ البَيْعُ بِهَا كَالَّذِي لَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبِيعُ بِالصُّفَّةِ ^(١٥) ، فَصَحَّ كَالسَّلَمِ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا تَحْصُلُ بِهِ ^(١٦) مَعْرِفَةُ المَبِيعِ ، فَإِنَّهَا تَحْصُلُ بِالصُّفَاتِ الظَّاهِرَةِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا التَّمَنُّ ظَاهِرًا ، وَهَذَا يَكْفِي ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَكْفِي فِي السَّلَمِ ، وَأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ ^(١٧) فِي الرُّؤْيَةِ الاِطْلَاعُ عَلَى الصُّفَاتِ الخَفِيَّةِ ، وَأَمَّا مَا لَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِ ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ

(١٤ - ١٤) في : م « ليس له الخيار » .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦ - ١٦) في : الأصل « المعرفة » .

(١٧) في : الأصل « يصير » .

بِالصِّفَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ مَتَى وَجَدَهُ عَلَى الصِّفَةِ ،
 لَمْ يَكُنْ لَهُ الْفَسْخُ . وَبِهَذَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ سِيرِينَ ، وَأَيُّوبُ ، وَمَالِكُ ، وَالْعَبْرِيُّ ،
 وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ : لَهُ
 الْخِيَارُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ يُسَمَّى بَيْعَ^(١٨) خِيَارِ الرُّوْيَةِ ، وَلِأَنَّ الرُّوْيَةَ مِنْ تَمَامِ الْعَقْدِ ،
 فَأَشْبَهَ غَيْرَ الْمَوْصُوفِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ سَلَّمَ
 لَهُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ بِصِفَاتِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الْخِيَارُ كَالْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَلِأَنَّهُ مَبِيعٌ مَوْصُوفٌ ،
 فَلَمْ يَكُنْ لِلْعَاقِدِ فِيهِ الْخِيَارُ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ ، كَالسَّلَامِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُسَمَّى
 بَيْعَ خِيَارِ الرُّوْيَةِ . لَا نَعْرِفُ صِحَّتَهُ ، فَإِنْ ثَبَتَ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُسَمِّيَهُ مَنْ يَرَى ثُبُوتَ
 الْخِيَارِ ، وَلَا يَحْتَجُّ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، فَأَمَّا إِنْ وَجَدَهُ بِخِلَافِ الصِّفَةِ فَلَهُ الْخِيَارُ ، وَيُسَمَّى
 خِيَارَ / الْخُلْفِ فِي الصِّفَةِ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ الْمَوْصُوفَ بِخِلَافِ الصِّفَةِ ، فَلَمْ يَلْزَمَهُ
 كَالسَّلَامِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ الْبَائِعُ : لَمْ تَخْتَلِفِ الصِّفَةُ^(١٩) . وَقَالَ الْمُشْتَرِي : قَدْ
 اخْتَلَفَتْ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ ،
 مَا لَمْ يُقَرَّرْ بِهِ ، أَوْ يَثْبُتَ بَيِّنَةً أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا .

١٥١/٤ و

فصل : والبيع بالصِّفَةِ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، بَيْعُ عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ
عَبْدِي التُّرْكِيَّ . وَيَذْكُرُ سَائِرَ صِفَاتِهِ ، فَهَذَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ بِرَدِّهِ عَلَى الْبَائِعِ ،
 وَتَلْفِهُ قَبْلَ قَبْضِهِ ؛ لِكَوْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ مُعَيَّنًا ، فَيَزُولُ الْعَقْدُ بِزَوَالِ مَحَلِّهِ ، وَيَجُوزُ
 التَّفَرُّقُ قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ ، وَقَبْضِهِ ، كَبَيْعِ الْحَاضِرِ . الثَّانِي ، بَيْعُ مَوْصُوفٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ،
 مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ عَبْدًا تُرْكِيًّا ، ثُمَّ يَسْتَقْصِي صِفَاتِ السَّلَامِ ، فَهَذَا فِي مَعْنَى
 السَّلَامِ ، فَمَتَى سَلَّمَ إِلَيْهِ عَبْدًا ، عَلَى غَيْرِ مَا وَصَفَ ، فَرَدَّهُ ، أَوْ عَلَى مَا وَصَفَ ،
 فَأَبْدَلَهُ ، لَمْ يَفْسُدِ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَقَعْ عَلَى غَيْرِ هَذَا ، فَلَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ بِرَدِّهِ ،

(١٨) فِي : م « بَيْع » .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « صِفَتُهُ » .

كما لو سَلَّم^(٢٠)؛ إليه في السَلَمِ غير ما وَصَفَ له ، فَرَدَّه . ولا يَجُوزُ التَّفَرُّقُ عن مَجْلِسِ الْعَقْدِ قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ ، أو قَبْضِ ثَمَنِهِ . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ فِي الذِّمَّةِ ، فَلَمْ يَجْزِ التَّفَرُّقُ فِيهِ قَبْلَ^(٢١) قَبْضِ أَحَدٍ^(٢٢) الْعَوَظَيْنِ ، كَالسَّلَمِ . وقال القَاضِي : يَجُوزُ التَّفَرُّقُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ حَالًا ، فَجَازَ التَّفَرُّقُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، كَبَيْعِ الْعَيْنِ .

فصل : إذا رَأَى الْمَبِيعَ ، ثُمَّ عَقَدَا الْبَيْعَ بَعْدَ ذَلِكَ بِزَمَنٍ لَا تَتَغَيَّرُ الْعَيْنُ فِيهِ ، جَازَ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، لَا يَجُوزُ حَتَّى يَرِيَاهَا حَالَةَ الْعَقْدِ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنِ الْحَكَمِ ، وَحَمَّادٍ ؛ لِأَنَّ^(٢٣) مَا كَانَ شَرْطًا فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ ، يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا حَالَ الْعَقْدِ ، كَالشَّهَادَةِ فِي النِّكَاحِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَعْلُومٌ عِنْدَهُمَا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ شَاهَدَاهُ حَالَ^(٢٤) الْعَقْدِ ، وَالشَّرْطُ إِنَّمَا هُوَ الْعِلْمُ ، وَإِنَّمَا الرُّؤْيُ طَرِيقٌ لِلْعِلْمِ ، وَلِهَذَا اكْتَفَى بِالصِّفَةِ الْمُحَصَّلَةِ لِلْعِلْمِ ، وَالشَّهَادَةِ فِي النِّكَاحِ ثَرَادٌ لِحُلِّ^(٢٥) الْعَقْدِ وَالِاسْتِثْنَاءِ عَلَيْهِ ، فَلِهَذَا اشْتَرَطْتُ حَالَ الْعَقْدِ . وَيُقَرَّرُ مَا ذَكَرْنَاهُ مَا لَوْ رَأَى دَارًا ، وَوَقَفَا فِي بَيْتٍ مِنْهَا ، أَوْ أَرْضًا ، وَوَقَفَا فِي طَرَفِهَا^(٢٥) ، وَتَبَايَعَا ، صَحَّ بِلَا خِلَافٍ مَعَ عَدَمِ الْمُشَاهَدَةِ لِلْكُلِّ / فِي الْحَالِ . وَلَوْ كَانَتِ الرُّؤْيُ الْمَشْرُوطَةُ لِلْبَيْعِ مَشْرُوطَةً حَالَ الْعَقْدِ لَاشْتَرَطَ رُؤْيُ جَمِيعِهِ ، وَمَتَى وَجَدَ الْمَبِيعَ بِحَالِهِ ، لَمْ يَتَغَيَّرْ ، لَزِمَ الْبَيْعُ ، وَإِنْ كَانَ نَاقِصًا ثَبَتَ لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَحُدُوثِ الْعَيْبِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي التَّغْيِيرِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الثَّمَنُ ، فَلَا يَلْزَمُهُ مَا لَمْ يَعْتَرِفْ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ عَقَدَ الْبَيْعَ بَعْدَ رُؤْيِ الْمَبِيعِ بِمُدَّةٍ يَتَحَقَّقُ فِيهَا

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « أَسْلَمَ » .

(٢١ - ٢٢) فِي الْأَصْلِ : « أَخَذَ » ..

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٣) فِي م : « حَالَةَ » .

(٢٤) فِي الْأَصْلِ : « لِيَحْمَلَ » .

(٢٥) فِي م : « طَرِيقَهَا » .

فساد المبيع ، لم يصح البيع ؛ لأنه مما لا يصح بيعه ، وإن لم يتغير فيها ، لم يصح بيعه ؛ لأنه مجهول . وكذلك إن كان الظاهر تغيره . فأما إن كان يحتمل التغير وعدمه ، وليس الظاهر تغيره ، صح بيعه ؛ لأن الأصل السلامة ، ولم يعارضه ظاهر ، فصح بيعه ، كما لو كانت الغيبة يسيرة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

فصل : ويثبت الخيار في البيع للغبن في مواضع ؛ أحدها ، تلقى الركبان ، إذا تلقاهم فاشترى منهم وباعهم وغبنهم . الثاني ، بيع النجش . ويذكران في موضعيهما^(٢٦) . الثالث ، المسترسل إذا غبن غبنا يخرج عن العادة ، فله الخيار بين الفسخ والإمضاء . وبهذا قال مالك ، وقال ابن أبي موسى ، وقد قيل : قد لزمه البيع وليس له فسخه . وهذا مذهب أبي حنيفة ، والشافعي ؛ لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد ، كبيع غير المسترسل ، وكالغبن اليسير . ولنا ، أنه غبن حصل لجهله بالمبيع ، فثبت الخيار ، كالغبن في تلقى الركبان ، فأما غير المسترسل ، فإنه دخل على بصيرة بالغبن ، فهو كالعالم بالعيب ، وكذا لو استعجل ، فجهل ما لو ثبت لعلمه ، لم يكن له خيار ؛ لأنه انبنى على تقصيره وتفريطه . والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ، ولا يحسن المبيعة . قال أحمد : المسترسل ، الذي لا يحسن أن^(٢٧) يماكس . وفي لفظ ، الذي لا يماكس . فكأنه استرسل إلى البائع ، فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ، ولا معرفة بعينه . فأما العالم بذلك ، والذي لو توقف لعرف ، إذا استعجل في الحال فغبن ، فلا خيار لهما . ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد ، وحده أبو بكر في « التنبيه » ، وابن أبي موسى / في « الإرشاد » بالثلث . وهو قول مالك ؛ لأن الثلث كثير ؛

١٥٢/٤ و

(٢٦) في م : « مواضعهما » .

(٢٧) سقط من : الأصل .

بَدَلِيلُ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ »^(٢٨) . وَقِيلَ : بِالسُّدُسِ ، وَقِيلَ : مَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِهِ فِي الْعَادَةِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَرِدُ الشَّرْعُ بِهِ^(٢٩) يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ .

فصل : وَإِذَا وَقَعَ الْبَيْعُ عَلَى غَيْرِ مُتَعَيَّنٍ^(٣٠) ، كَقَفِيزٍ^(٣١) مِنْ صُبْرَةٍ^(٣٢) ، وَرِطْلٍ زَيْتٍ مِنْ دَنْ ، فَمُقْتَضَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، إِذَا تَفَرَّقَا مِنْ غَيْرِ فُسْخٍ ، لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا رَدُّهُ ، إِلَّا بِعَيْبٍ أَوْ خِيَارٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ هُنَا يَلْزَمُ بِالتَّفَرُّقِ ، سَوَاءً تَقَابَضَا أَوْ لَمْ يَتَقَابِضَا . وَقَالَ الْقَاضِي : الْبَيْعُ لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ . وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، مِنْ اشْتَرَى قَفِيزَيْنِ مِنْ صُبْرَتَيْنِ ، فَتَلَفَتْ إِحْدَاهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ ، بَطَلَ الْعَقْدُ فِي التَّالِفِ دُونَ الْبَاقِي ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى الزُّومِ فِي حَقِّ الْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ جَائِزًا كَانَ لَهُ الْخِيَارُ ، سَوَاءً تَلَفَتْ إِحْدَاهُمَا أَوْ لَمْ تَتَلَفْ ، وَوَجْهُ الْجَوَازِ ، أَنَّهُ مَبِيعٌ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ ، وَلَا التَّصَرُّفَ فِيهِ ، فَكَانَ الْبَيْعُ فِيهِ جَائِزًا كَمَا قَبْلَ التَّفَرُّقِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَلَفَ لَكَانَ مِنْ ضَمَانِ

(٢٨) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ رَفَى النَّبِيِّ ﷺ سَعِيدُ بْنُ خَوْلَةَ ، مِنْ كِتَابِ الْجَنَائِزِ ، وَفِي : بَابِ أَنْ يَتْرَكَ وَرَثَتَهُ أَغْنِيَاءَ خَيْرٍ مِنْ أَنْ يَتَكْفَفُوا النَّاسَ ، وَبَابِ الْوَصِيَّةِ بِالثَّلْثِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا ، وَفِي : بَابِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ اللَّهُمَّ امْضُ لِأَصْحَابِي هَجْرَتَهُمْ ... ، مِنْ كِتَابِ مَنَاقِبِ الْأَنْصَارِ ، وَفِي : بَابِ فَضْلِ النِّفْقَةِ عَلَى الْأَهْلِ ... ، مِنْ كِتَابِ النِّفَقَاتِ ، وَفِي : بَابِ وَضْعِ الْيَدِ عَلَى الْمَرِيضِ ، وَبَابِ قَوْلِ الْمَرِيضِ إِنِّي وَجَعْتُ أَوْ رَأْسَاهُ أَوْ اشْتَدَّ بِي الْوَجَعُ ، مِنْ كِتَابِ الْمَرَضِيِّ ، وَفِي : بَابِ الدَّعَاءِ بَرَفَعِ الْوَبَاءَ وَالْوَجَعُ ، مِنْ كِتَابِ الدَّعَوَاتِ ، وَفِي : بَابِ مِيرَاثِ الْبَنَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٠٣/٢ ، ٣/٤ ، ٤ ، ٨٧/٥ ، ١٥٣/٧ ، ١٥٥ ، ٩٩/٨ ، ١٨٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْوَصِيَّةِ بِالثَّلْثِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصِيَّةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٥٠/٣ ، ١٢٥٢ ، ١٢٥٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِيمَا يَجُوزُ لِلْمَوْصِي فِي مَالِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١٠١/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْوَصِيَّةِ بِالثَّلْثِ وَالرَّبْعِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْجَنَائِزِ ، وَفِي بَابِ مَا جَاءَ فِي الْوَصِيَّةِ بِالثَّلْثِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْوَصَايَا . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٩٧/٤ ، ١٩٨ ، ٢٦٨/٨ ، ٢٦٩ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْوَصِيَّةِ بِالثَّلْثِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . الْمُجْتَبَى ٢٠١/٦ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْوَصِيَّةِ بِالثَّلْثِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٩٠٤/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ الْوَصِيَّةِ بِالثَّلْثِ لَا تَتَعَدَّى ، مِنْ كِتَابِ الْوَصِيَّةِ . الْمُوطَأُ ٧٦٣/٢ .

(٢٩) فِي م : « بِتَحْدِيدِهِ » .

(٣٠) فِي م : « مُعَيَّنٌ » .

(٣١) الْقَفِيزُ : مَكِّيَالٌ يَكَالُ بِهِ ، يَعَادِلُ حَالِيًا سِتَّةَ عَشَرَ كِيلُو جَرَامًا .

(٣٢) الصُّبْرَةُ : الْكُومَةُ مِنَ الطَّعَامِ .

البائع . ووجه الأول ، قول النبي ﷺ : « وإن تفرقا بعد أن تباعا ، ولم يترك أحدهما البيع ، فقد وجب البيع » (٣٣) . وما ذكرناه للقول الآخر ينتقض ببيع ما تقدمت رؤيته ، وبيع الموصوف ، والسلم ، فإن ذلك لازم مع ما ذكرناه ، وكذلك سائر المبيع على إحدى الروايتين .

٧٠٣ - مسألة ؛ قال : (والخيار يجوز أكثر من ثلاث)

يعنى ثلاث ليالٍ بأيامها . وإنما ذكر الليالي ؛ لأن التاريخ يغلب فيه التانيث ، قال الله تعالى : ﴿ وَوَعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأَتَمَمْنَاهَا بِعَشْرِ فَتَم مِيقَاتُ رَبِّهِ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً ﴾ (١) . وقال تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (٢) . وفي حديث حبان (٣) : « وَلَكَ الْخِيَارُ ثَلَاثًا » (٤) . ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة ، قلت مدته أو كثرت ، وبذلك قال أبو يوسف ، ومحمد ، وابن المنذر . وحكى ذلك عن الحسن بن صالح ، والعنبري ، وابن أبي ليلى ، وإسحاق ، وأبي ثور ، / وأجازه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة ، مثل قرية لا يصل إليها في أقل من أربعة أيام ؛ لأن الخيار لحاجته ، فيقدر بها . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لا يجوز أكثر من ثلاث ؛ لما روى عن عمر ، رضي الله عنه ،

ظ ١٥٢/٤

(٣٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٠ .

(١) سورة الأعراف ١٤٢ .

(٢) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٣) حبان بن متقذ بن عمرو ، الأنصاري الخزرجي ، له صحبة ، شهد أحدا وما بعدها . توفي في خلافة عثمان . أسد الغابة ٤٣٧/١ .

(٤) لفظ : « ثلاثا » سقط من الأصل .

والحديث أخرجه ابن ماجه ، في : باب الحجر على من يفسد ماله ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٩/٢ . والبيهقي ، في : باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٧٣/٥ ، ٢٧٤ . والدارقطني عن متقذ بن عمرو ، أبي حبان ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٥٦/٣ . والحاكم ، في : باب لا عهدة فوق أربع ، من كتاب البيوع . المستدرک ٢٢/٢ .

أنه قال : ما أجِدْ لَكُمْ أَوْسَعَ مِمَّا جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِحَبَّانَ ، جَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، إِنْ رَضِيَ أَخَذَ ، وَإِنْ سَخِطَ تَرَكَ . وَلِأَنَّ الْخِيَارَ يُنَافِي مُقْتَضَى الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ الْمِلْكَ وَالزُّوْمَ وَإِطْلَاقَ التَّصَرُّفِ ، وَإِنَّمَا جَازَ لِمَوْضِعِ الْحَاجَةِ ، فَجَازَ الْقَلِيلُ مِنْهُ ، وَآخِرُ حَدِّ الْقِلَّةِ ثَلَاثٌ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَكَأَلْتُمُ الْمَالَ بَيْنَكُمْ فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ﴾ ^(٥) بَعْدَ قَوْلِهِ : ﴿ فَيَأْخُذْكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ ﴾ ^(٦) . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ يَعْتَمِدُ الشَّرْطَ ، فَرُجِعَ فِي تَقْدِيرِهِ إِلَى مُشْتَرِطِهِ ، كَالْأَجَلِ ، أَوْ نَقُولُ : مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بِالْعَقْدِ ، فَكَانَتْ إِلَى تَقْدِيرِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ كَالْأَجَلِ . وَلَا يَثْبُتُ عِنْدَنَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَنَسٍ خِلَافُهُ . وَتَقْدِيرُ مَالِكٍ بِالْحَاجَةِ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الْحَاجَةَ لَا يُمَكِّنُ رَبْطُ الْحُكْمِ بِهَا ، لِخِفَائِهَا وَاخْتِلَافِهَا ، وَإِنَّمَا يُرْبِطُ بِمِظَنَّتِهَا ، وَهُوَ الْإِقْدَامُ ، فَإِنَّهُ يَصْلُحُ ^(٧) أَنْ يَكُونَ ضَابِطًا ، وَرَبْطُ الْحُكْمِ بِهِ فِيمَا دُونَ الثَّلَاثِ وَفِي السَّلَامِ وَالْأَجَلِ . وَقَوْلُ الْآخَرِينَ : إِنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْبَيْعِ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ مُقْتَضَى الْبَيْعِ نَقْلُ الْمِلْكَ ، وَالْخِيَارُ لَا يُنَافِيهِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ذَلِكَ ، لَكِنْ مَتَى خُولِفَ الْأَصْلُ لِمَعْنَى فِي مَحَلٍّ وَجَبَ تَعْدِيَةُ الْحُكْمِ ؛ لِتَعَدْيِ ذَلِكَ الْمَعْنَى .

فصل : وَيَجُوزُ شَرْطُ الْخِيَارِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، وَيَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَشْرُطَا لِأَحَدِهِمَا مُدَّةً وَلِلْآخَرِ دُونَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقُّهُمَا ، وَإِنَّمَا جُوزَ رَفَقًا بِهِمَا ، فَكَيْفَمَا تَرَاضِيَا بِهِ جَازَ . وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ وَشَرَطَ الْخِيَارَ فِي أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ دُونَ الْآخَرِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ مَبِيعٍ فِيهِ الْخِيَارُ ، وَمَبِيعٍ لَا خِيَارَ فِيهِ ، وَذَلِكَ جَائِزٌ ، بِالْقِيَاسِ عَلَى شِرَاءِ مَا فِيهِ شُفْعَةٌ ، وَمَا ^(٨) لَا شُفْعَةَ فِيهِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَيَحْصُلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعًا بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ . فَإِنْ فَسَخَ الْبَيْعَ مِمَّا

(٥) سورة هود ٦٥ .

(٦) سورة هود ٦٤ .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « صَلَح » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فيه الخيار ، رَجَعَ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، كما لو وَجَدَ أَحَدَهُمَا مَعِيًّا فَرَدَّهُ ، وإن شَرَطَ
الخيارَ في أَحَدِهِمَا لا بِعَيْنِهِ ، أو شَرَطَ الخيارَ لأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ / لا بِعَيْنِهِ ، لم يَصِحَّ ؛
لأنَّهُ مَجْهُولٌ ، فَأَشْبَهَ ما لو اشْتَرَى واحِدًا مِنْ عَبْدَيْنِ لا بِعَيْنِهِ . ولأنَّهُ يُفْضَى إِلَى
التَّنَازُعِ ، ورُبَّمَا طَلَبَ كُلُّ واحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ضِدَّ ما يَطْلُبُهُ الْآخَرُ ، وَيَدَّعِي أَنَّنِي
الْمُسْتَحَقُّ لِلْخِيَارِ ، ^(٩) «أَوْ يَطْلُبُ» مَنْ لَهُ الخيارُ رَدَّ أَحَدِ الْمَبِيعَيْنِ ، ويقولُ الْآخَرُ :
ليس هذا الذي شَرَطْتُ لَكَ الخيارَ فيه . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يَصِحَّ شَرَطُ الخيارِ في أَحَدِ
الْمَبِيعَيْنِ بِعَيْنِهِ ، كما لا يَصِحُّ بَيْعُهُ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وهذا الْفَصْلُ كُلُّهُ مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ .

فصل : وإن شَرَطَ الخيارَ لِأَجْنَبِيٍّ ، صَحَّ ، وكان اشْتِراطًا لِنَفْسِهِ ، وَتَوَكُّيًّا
لِغَيْرِهِ ، وهذا قولُ أُمِّي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ ^(١٠) قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُما ، لا
يَصِحُّ ، وَكَذَلِكَ قالَ الْقَاضِي : إذا أُطْلِقَ الخيارُ لِفُلانٍ ، أو قالَ لِفُلانٍ دُونِي . لم
يَصِحَّ ؛ لأنَّ الخيارَ شُرْعٌ ^(١١) لِتَحْصِيلِ الْحَظِّ لِكُلِّ واحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بِنَظَرِهِ ،
فلا يَكُونُ لِمَنْ لا حَظَّ لَهُ فِيهِ ^(١٢) . وإن جَعَلَ الْأَجْنَبِيَّ وَكَيْلًا ، صَحَّ . ولنا ، أَنَّ
الخيارَ يَتَعَمَّدُ شَرْطَهُما ، وَيُفَوَّضُ إِلَيْهِما ، وقد أُمِّكَنَ تَصْحيحُ شَرْطِهِما ، وَتَنْفِيزُ
تَصَرُّفِهِما عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، فلا يَجُوزُ الْغَاوَةُ مَعَ إِمْكَانِ تَصْحيحِهِ ؛ لِقَوْلِ
النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ^(١٣) . فعلى هذا ، يَكُونُ لِكُلِّ واحِدٍ مِنَ
الْمُسْتَشْرَطِ وَوَكِيلِهِ الَّذِي شَرَطَ الخيارَ لَهُ الْفَسْخُ . ولو كان الْمَبِيعُ عَبْدًا ، فَشَرَطَ الخيارَ
لَهُ ، صَحَّ ، سواءً شَرَطَهُ لَهُ الْبَائِعُ ، أو الْمُشْتَرِي ؛ لأنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ . وإن كان
الْعَاقِدُ وَكَيْلًا ، فَشَرَطَ الخيارَ لِنَفْسِهِ ، صَحَّ ، فَإِنَّ النَّظَرَ فِي تَحْصِيلِ الْحَظِّ مُفَوَّضٌ

(٩ - ٩) فِي الْأَصْلِ : « وَيَطْلُبُ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١١) فِي م : « شَرَطُ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٣٠ .

إليه . وإن شَرَطَهُ لِلْمَالِكِ^(١٤) ، صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ ، وَالْحَظُّ لَهُ . وَإِنْ شَرَطَهُ لِأَجْنَبِيٍّ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ غَيْرَهُ ، وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ ، بِنَاءً عَلَى الرُّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : لِلْوَكِيلِ التَّوَكُّلُ .

فصل : ولو قال : بِعْتُكَ عَلَى أَنْ أَسْتَأْمِرَ فُلَانًا . وَحَدَّدَ ذَلِكَ بِوَقْتٍ مَعْلُومٍ ، فَهُوَ خِيَارٌ صَحِيحٌ ، وَلَهُ الْفَسْخُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَأْمِرَهُ ؛ لِأَنَّا جَعَلْنَا ذَلِكَ كِنَايَةً عَلَى الْخِيَارِ ، وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ لَمْ يَضْبِطْهُ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، فَهُوَ خِيَارٌ مَجْهُولٌ ، حُكْمُهُ حُكْمُهُ^(١٥) .

فصل : وإن شَرَطَ الْخِيَارَ يَوْمًا أَوْ سَاعَاتٍ مَعْلُومَةٍ ، اعْتَبِرَ ابْتِدَاءُ مُدَّةِ الْخِيَارِ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ فِي أَحَدٍ / الْوَجْهَيْنِ . وَالْآخَرُ ، مِنْ حِينَ التَّفَرُّقِ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ ثَابِتٌ فِي الْمَجْلِسِ حُكْمًا ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِبْثَاتِهِ بِالشَّرْطِ . وَلِأَنَّ حَالَةَ الْمَجْلِسِ كَحَالَةِ الْعَقْدِ ، لِأَنَّهُمَا فِيهِ الزِّيَادَةُ وَالتَّقْصَانُ ، فَكَانَ كَحَالَةِ الْعَقْدِ فِي ابْتِدَاءِ مُدَّةِ الْخِيَارِ بَعْدَ انْقِضَائِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بِالْعَقْدِ ، فَكَانَ ابْتِدَاؤُهَا مِنْهُ ، كَالْأَجَلِ . وَلِأَنَّ الشَّرْطَ سَبَبُ ثُبُوتِ الْخِيَارِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَتَعَقَّبَهُ حُكْمُهُ ، كَالْمِلْكِ فِي الْبَيْعِ . وَلِأَنَّا لَوْ جَعَلْنَا ابْتِدَاءَهُ مِنْ حِينَ التَّفَرُّقِ ، أَدَّى إِلَى جَهَالَتِهِ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ مَتَى يَتَفَرَّقَانِ ، فَلَا نَعْلَمُ مَتَى ابْتِدَاؤُهُ ، وَلَا مَتَى انْتِهَاؤُهُ . وَلَا يُمْنَعُ ثُبُوتُ الْحُكْمِ بِسَبَبَيْنِ ، كَتَحْرِيمِ الْوَطْءِ بِالصِّيَامِ وَالْإِحْرَامِ وَالظُّهَارِ ، وَعَلَى هَذَا ، لَوْ شَرَطَا ابْتِدَاءَهُ مِنْ حِينَ التَّفَرُّقِ ، لَمْ يَصِحَّ لِذَلِكَ ، إِلَّا عَلَى الرُّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ بِصِحَّةِ الْخِيَارِ الْمَجْهُولِ . وَإِنْ قُلْنَا : ابْتِدَاؤُهُ مِنْ حِينَ التَّفَرُّقِ . فَشَرَطَا ثُبُوتَهُ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ ، صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ مَعْلُومُ الْإِبْتِدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ فِي الْمَجْلِسِ يُغْنِي عَنْ خِيَارٍ آخَرَ ، فَيَمْنَعُ ثُبُوتَهُ ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . وَمِزْجُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلُّهُ كَمَا ذَكَرْنَا .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : لِلْمَالِ .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

فصل : وإن شَرَطَا الْخِيَارَ إِلَى اللَّيْلِ أَوْ الْعَدِ ، لم يَدْخُلِ اللَّيْلُ وَالْعَدُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ .
وهذا مذهب الشَّافِعِيِّ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَدْخُلَ ، وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لِأَنَّ « إِلَى »
تُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَى « مع » ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَيَّدِيكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ﴾ ^(١٦) ،
﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ ﴾ ^(١٧) ، وَالْخِيَارُ ثَابِتٌ بَيِّقِينَ ، فَلَا نُزِيلُهُ
بِالشَّكِّ . وَلَنَا ، أَنَّ مَوْضُوعَ « إِلَى » لَانْتِهَاءِ الْغَايَةِ ، فَلَا يَدْخُلُ مَا بَعْدَهَا فِيمَا قَبْلَهَا ،
كَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴾ ^(١٨) . وَكَالْأَجَلِ . وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ
طَالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ . أَوْ : لَهُ عَلَىَّ مِنْ دَرَاهِمٍ إِلَى عَشْرَةٍ . لم يَدْخُلِ الدَّرَاهِمُ
الْعَاشِرُ ، وَالطَّلَقُ الثَّلَاثَةُ ، وَلَيْسَ هُنَا شَكٌّ ؛ فَإِنَّ الْأَصْلَ حَمْلُ اللَّفْظِ عَلَى مَوْضُوعِهِ ،
فَكَانَ الْوَاضِعُ قَالَ : مَتَى سَمِعْتُمْ هَذِهِ اللَّفْظَةَ ، فَافْهَمُوا مِنْهَا انْتِهَاءَ الْغَايَةِ . وَفِي
الْمَوَاضِعِ الَّتِي اسْتَشْهَدُوا بِهَا ، حُمِلَتْ عَلَى مَعْنَى « مع » بِدَلِيلٍ ، أَوْ لِيَتَعَذَّرَ حَمْلُهَا
عَلَى مَوْضُوعِهَا ، كَمَا تُصَرَّفُ سَائِرُ حُرُوفِ الصَّلَاتِ عَنْ مَوْضُوعِهَا لِذَلِكَ ، وَالْأَصْلُ
حَمْلُهَا عَلَى مَوْضُوعِهَا . وَلِأَنَّ الْأَصْلَ / لِرُومِ الْعَقْدِ ، وَإِنَّمَا خُولِفَ فِيمَا اقْتَضَاهُ
الشَّرْطُ ، فَيُثْبِتُ مَا يُتَيَقَّنُ مِنْهُ ، وَمَا شَكَّكْنَا فِيهِ رَدُّنَاهُ إِلَى الْأَصْلِ .

و ١٥٤/٤

فصل : وإن شَرَطَ الْخِيَارَ إِلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ ، أَوْ إِلَى غُرُوبِهَا ، صَحَّ . وَقَالَ
بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ : لَا يَصِحُّ تَوْقِيتُهُ بِطُلُوعِهَا ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَتَّعِيْمُ ، فَلَا يُعْلَمُ وَقْتُ
طُلُوعِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَعْلِيقٌ لِلْخِيَارِ بِأَمْرِ ظَاهِرٍ مَعْلُومٍ ، فَيَصِحُّ ^(١٩) ، كَتَعْلِيْقِهِ
بِغُرُوبِهَا . وَطُلُوعُ الشَّمْسِ ، بُرُوزُهَا مِنَ الْأُفُقِ ، كَمَا أَنَّ غُرُوبَهَا سُقُوطُ الْقُرْصِ .
وَلِذَلِكَ لَوْ عَلَّقَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ ، أَوْ عِتْقَ عَبْدِهِ ، بِطُلُوعِ الشَّمْسِ ، وَقَعَ بِبُرُوزِهَا مِنَ
الْأُفُقِ . وَإِنْ عَرَضَ غَيْمٌ يَمْنَعُ الْمَعْرِفَةَ بِطُلُوعِهَا ، فَالْخِيَارُ ثَابِتٌ حَتَّى يَتَيَقَّنَ طُلُوعُهَا ،
كَأَنَّ لَوْ عَلَّقَهُ بِغُرُوبِهَا ، فَمَنَعَ الْغَيْمُ الْمَعْرِفَةَ بِوَقْتِهِ . وَلَوْ جَعَلَ الْخِيَارَ إِلَى طُلُوعِ

(١٦) سور المائدة ٦ .

(١٧) سورة النساء ٢ .

(١٨) سورة البقرة ١٨٧ .

(١٩) في م : « فصَحَّ » .

الشمس من تحت السحاب ، أو إلى غيبتها تحته ، كان خياراً مجهولاً ، لا يصح في الصحيح من المذهب .

فصل : وإذا شرط الخيار أبداً ، أو متى شئنا ، أو قال أحدهما : ولي الخيار . ولم يذكر مدته ، أو شرطاه إلى مدة مجهولة ، كقدوم زيد ، أو هبوب ربح ، أو نزول مطر ، أو مشاوراة إنسان ، ونحو ذلك ، لم يصح في الصحيح من المذهب . وهذا اختيار القاضي ، وابن عقيل ، ومذهب الشافعي . وعن أحمد ، أنه يصح ، وهما على خيارهما أبداً ، أو يقطعه ، أو تنتهي مدته إن كان مشروطاً إلى مدة . وهو قول ابن شبرمة ؛ لقول النبي ﷺ : « المسلمون على شروطهم »^(٢٠) . وقال مالك : يصح ، وتضرب لهما مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة ؛ لأن ذلك مقدر في العادة ، فإذا أطلقا ، حمل عليه . وقال أبو حنيفة : إن أسقطا الشرط قبل مضي الثلاث ، أو حذفوا الزائد عليها وبيننا مدته ، صح ؛ لأنهما حذفوا المفسد قبل اتصاله بالعقد ، فوجب أن يصح ، كما لو لم يشراطه . ولنا ، أنها مدة ملحقه بالعقد ، فلا تجوز مع الجهالة ، كالأجل . ولأن اشتراط الخيار أبداً يقتضي المنع من التصرف على الأبد ، وذلك ينافي مقتضى العقد ، فلم يصح ، كما لو قال : بعثك بشرط أن لا تتصرف . وقول مالك : إنه يرد إلى العادة . لا يصح ، فإنه لا عادة في الخيار يرجع إليها . واشترطه مع الجهالة /^(٢١) نادر . وقول أبي حنيفة لا يصح ، فإن المفسد هو الشرط ، وهو مقترن بالعقد . ولأن العقد^(٢٢) لا يخلو من أن يكون صحيحاً ، أو فاسداً ، فإن كان صحيحاً مع الشرط ، لم يفسد بوجود ما شرطه فيه ، وإن كان فاسداً ، لم ينقلب صحيحاً ، كما لو باع درهماً بدرهمين ، ثم حذف أحدهما . وعلى قولنا : الشرط فاسد . هل يفسد به البيع ؟ على روايتين ؛ إحداهما ، يفسد ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه عقد قارنه شرط فاسد ، فافسده ، كنيكاح

(٢٠) تقدم تخريجه في صفحة ٣٠ .

(٢١ - ٢٢) سقط من : الأصل .

الشُّغَارِ^(٢٢) ، والمُحَلِّل . ولأنَّ البائعَ إنَّما رَضِيَ بِبَذْلِهِ بهذا الثَّمَنِ ، مع الخيارِ في^(٢٣) استرجاعه ، والمُشتري إنَّما رَضِيَ بِبَذْلِ هذا الثَّمَنِ فيه ، مع الخيارِ في فسخه ، فلو صَحَّحْنَاهُ لَأَزَلْنَا مِلْكَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ ، وَالزَّمْنَاهُ مَا لَمْ يَرْضَ بِهِ . ولأنَّ الشَّرْطَ يَأْخُذُ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ ، فَإِذَا حَذَفْنَاهُ وَجَبَ رَدُّ مَا سَقَطَ مِنَ الثَّمَنِ مِنْ أَجْلِهِ ، وَذَلِكَ مَجْهُوْلٌ ، فَيَكُونُ الثَّمَنُ مَجْهُوْلًا ، فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ . والثَّانِيَةُ ، لَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ بِهِ ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ؛ لِحَدِيثِ بَرِيرَةَ^(٢٤) . ولأنَّ الْعَقْدَ قَدْ تَمَّ بِإِزْكَانِهِ ، وَالشَّرْطُ زَائِدٌ ، فَإِذَا فَسَدَ وَزَالَ ، سَقَطَ الْفَاسِدُ ، وَبَقِيَ الْعَقْدُ بِرُكْنَيْهِ ، فَصَحَّ^(٢٥) ، كَمَا لَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ .

فصل : وَإِنْ شَرَّطَهُ إِلَى الْحَصَادِ ، أَوْ الْجَذَازِ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ كَتَعْلِيْقِهِ عَلَى قُدُومِ زَيْدٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ ، وَيَتَقَدَّمُ ، وَيَتَأَخَّرُ ، فَكَانَ مَجْهُوْلًا . وَاخْتَمَلَ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَقَارَبُ فِي الْعَادَةِ ، وَلَا يَكْثُرُ تَفَاوُثُهُ . وَإِنْ شَرَّطَهُ إِلَى الْعَطَاءِ ، وَأَرَادَ وَقْتَ الْعَطَاءِ ، وَكَانَ مَعْلُومًا ، صَحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَّطَهُ إِلَى يَوْمٍ مَعْلُومٍ . وَإِنْ أَرَادَ نَفْسَ الْعَطَاءِ ، فَهُوَ مَجْهُوْلٌ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ .

فصل : وَإِنْ شَرَّطَ الْخِيَارَ شَهْرًا ، يَوْمٌ يَثْبُتُ ، وَيَوْمٌ لَا يَثْبُتُ . فَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَصِحُّ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ ؛ لِإِمْكَانِهِ ، وَيَبْطُلُ فِيمَا بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَزِمَ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي لَمْ يَعُدَّ إِلَى الْجَوَازِ . وَيَحْتَمِلُ بُطْلَانُ الشَّرْطِ كُلِّهِ ؛ لِأَنَّهُ شَرَّطَ وَاحِدًا ، تَنَاوَلَ الْخِيَارَ

(٢٢) الشُّغَارُ : أَنْ تَزُوجَ الرَّجُلَ امْرَأَةً عَلَى أَنْ يَزُوجَكَ أُخْرَى بِغَيْرِ مَهْرٍ ، صَدَاقِ كُلِّ وَاحِدَةٍ بَضْعِ الْأُخْرَى .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

(٢٤) يَعْنِي حَدِيثَ بَرِيرَةَ حِينَ دَخَلَتْ عَلَى عَائِشَةَ تَسْتَعِينُهَا فِي كِتَابَتِهَا ، وَاشْتَرَا طُ أَهْلِهَا الْوَلَاءَ . وَقَدْ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَكَاتِبِ ، وَفِي : بَابِ الشُّرُوطِ فِي الْبَيْعِ ، مِنْ كِتَابِ الشُّرُوطِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٩٨/٣ - ٢٠٠ ، ٢٤٧ ، ٢٤٨ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ بَيَانِ أَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٤١/٢ - ١١٤٤ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي بَيْعِ الْمَكَاتِبِ إِذَا فَسَخَتْ الْمَكَاتِبَ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٣٤٦/٢ ، ٣٤٧ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : آخِرِ أَبْوَابِ الْوَصَايَا . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٨١/٨ ، ٢٨٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْمَكَاتِبِ ، وَبَابِ الْمَكَاتِبِ يَبَاعُ قَبْلَ أَنْ يَقْضَى مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَجْتَبَى ٢٦٨/٧ ، ٢٦٩ .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : م .

في أيامٍ ، فإذا فسَدَ في بَعْضِهِ ، فَسَدَ جَمِيعُهُ ، كما لو شَرَطَ في (٢٦) الْحَصَادِ .

فصل : وَيَجُوزُ لِمَنْ لَهُ الْخِيَارُ الْفَسْخُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ صَاحِبِهِ وَلَا رِضَاهُ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَزُفَرٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ إِلَّا بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ / أَحَدُهُمَا فَسْخَهُ بِغَيْرِ حُضُورِ صَاحِبِهِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَفَعَ عَقْدَ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى رِضَا صَاحِبِهِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى حُضُورِهِ ، كَالطَّلَاقِ . وَمَا قَالُوهُ يَنْتَقِضُ بِالطَّلَاقِ ، وَالْوَدِيعَةُ لَا حَقَّ لِلْمُودِعِ فِيهَا ، وَيَصِحُّ فُسْخُهَا مَعَ غَيْبَتِهِ .

فصل : وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْخِيَارِ ، وَلَمْ يَفْسَخْ أَحَدُهُمَا ، بَطَلَ الْخِيَارُ ، وَلَزِمَ الْعَقْدُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَلْزَمُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ الْخِيَارِ ضُرِبَتْ لِحَقِّ لَهُ ، لَا لِحَقِّ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ الْحُكْمُ بِنَفْسِ مُرُورِ الزَّمَانِ ، كَمُضِيِّ الْأَجَلِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بِالْعَقْدِ ، فَبَطَلَتْ بِانْقِضَائِهَا كَالْأَجَلِ . وَلِأَنَّ الْحُكْمَ بِبَقَائِهَا يُفْضِي إِلَى بَقَاءِ الْخِيَارِ فِي غَيْرِ الْمُدَّةِ الَّتِي شَرَطَاهُ فِيهَا . وَالشَّرْطُ سَبَبُ الْخِيَارِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ مَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ ، وَلِأَنَّهُ حُكْمٌ مُؤَقَّتٌ ، فَفَاتَ بِفَوَاتِ وَقْتِهِ ، كَسَائِرِ الْمُؤَقَّتَاتِ ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ يَقْتَضِي اللَّزُومَ ، وَإِنَّمَا تَخْلَفُ (٢٧) مُوجِبُهُ بِالشَّرْطِ ، فَفِيمَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الشَّرْطُ يَجِبُ أَنْ يَثْبُتَ مُوجِبُهُ ؛ لِزَوَالِ الْمُعَارِضِ ، كَمَا لَوْ أَمْضَاهُ (٢٨) . وَأَمَّا الْمَوْلَى ، فَإِنَّ الْمُدَّةَ إِنَّمَا ضُرِبَتْ لِاسْتِحْقَاقِ الْمُطَالَبَةِ ، وَهِيَ تُسْتَحَقُّ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ . وَالْحُكْمُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرٌ .

فصل : فَإِنْ قَالَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ عِنْدَ الْعَقْدِ : لَا خِلَافَةَ (٢٩) . فَقَالَ أَحْمَدُ : أَرَى

(٢٦) فِي م : « إِلَى » .

(٢٧) فِي م : « يَخْلَفُ » .

(٢٨) فِي م : « أَمْضَاهُ » .

(٢٩) الْخِلَافَةُ : الْخِدَاعَةُ .

ذلك جائزًا ، وله الخيار إن كان خَلْبُهُ ، وإن لم يكن خَلْبُهُ فليس له خيار . وذلك لأن رجلاً ذَكَرَ للنبي ﷺ أنه يُخَدَعُ في البيوع ، فقال : « إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ : لَا خِلَابَةَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٣٠) . وَلِمُسْلِمٍ : « مَنْ بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ » . فكان إذا بَايَعَ يقول : لَا خِلَابَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ له خيار (٣١) . ويكون هذا الخبرُ خاصًّا لِحَبَّانَ ؛ لأنه رَوَى أنه عَاشَ إلى زَمَنِ عُثْمَانَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، فكان يُبَايِعُ النَّاسَ ، ثُمَّ يُخَاصِمُهُمْ ، فَيَمُرُّ بِهِمْ بَعْضُ الصَّحَابَةِ ، فيقولُ لِمَنْ يُخَاصِمُهُ : وَيَحَكْ ، إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ له الخيارَ ثَلَاثًا (٣٢) . وهذا يَدُلُّ على اخْتِصَاصِهِ بهذا ؛ لأنه لو كان للناسِ عَامَّةً لَقَالَ لِمَنْ يُخَاصِمُهُ : إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الخيارَ لِمَنْ قَالَ : لَا خِلَابَةَ . وقال بعضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : إِنْ كُنَّا عَالِمِينَ أَنَّ ذَلِكَ عِبَارَةٌ عَنْ خِيَارِ الثَّلَاثِ ، ثَبَتَ ، وَإِنْ عَلِمَ أَحَدُهُمَا / دُونَ الْآخَرِ ، فعلى وَجْهَيْنِ ؛ لأنه رَوَى أَنَّ حَبَّانَ بْنَ مُنْقِذِ ابْنِ عَمْرٍو ، كَانَ لَا يَزَالُ يُعْبِنُ ، فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ ، فَذَكَرَ ذَلِكَ له ، فقال له : « إِذَا أَنْتَ بَايَعْتَ فَقُلْ : لَا خِلَابَةَ ، ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتِغَتْهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ ، فَإِنْ رَضِيتَ أُمْسَكْتَ ، وَإِنْ سَخِطْتَ فَأَرُدُّدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا » (٣٣) . وما ثَبَتَ فِي حَقِّ وَاحِدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ يَثْبُتُ فِي حَقِّ سَائِرِ النَّاسِ ، مَا لَمْ يَقُمْ عَلَى تَخْصِيصِهِ دَلِيلٌ .

ظ ١٥٥/٤

(٣٠) أخرجه البخاري ، في : باب ما يكره من الخداع في البيع ، من كتاب البيوع ، وفي : باب ما ينهى عن إضاعة المال ... ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب من رد أمر السفیه والضعيف العقل وإن لم يكن حجر عليه الإمام ... ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب ما ينهى من الخداع في البيع ، من كتاب الحيل . صحيح البخاري ٨٥/٣ ، ٨٦ ، ١٥٧ ، ١٥٩ ، ٣١/٩ . ومسلم ، في : باب من يخدع في البيع ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٥/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يقول عند البيع لا خلافة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٣/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من يخدع في البيع ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٥٧/٥ . والنسائي ، في : باب الخديعة في البيع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٢/٧ . وابن ماجه ، في : باب الحجر على من يفسد ماله ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٨/٢ . والإمام مالك ، في : باب جامع البيوع ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٨٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧٢/٢ ، ٨٠ ، ١٢٩ ، ١٣٠ . (٣١) في م : « الخيار » .

(٣٢) تقدم تخريج حديثه في صفحة ٣٨ .

ولنا ، أن هذا اللَّفْظَ لَا يَقْتَضِي الْخِيَارَ مُطْلَقًا ، وَلَا يَقْتَضِي تَقْيِيدَهُ بِثَلَاثٍ ، وَالْأَصْلُ اغْتِبَارُ اللَّفْظِ فِيمَا يَقْتَضِيهِ ، وَالْخَبَرُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي اخْتَجُّوا بِهِ إِنَّمَا رَوَاهُ ابْنُ مَاحَةَ مُرْسَلًا ، وَهُمْ لَا يَرَوْنَ الْمُرْسَلَ حُجَّةً ، ثُمَّ لَمْ يَقُولُوا بِالْحَدِيثِ عَلَى وَجْهِهِ ، إِنَّمَا قَالُوا بِهِ فِي حَقِّ مَنْ يَعْلَمُ أَنَّ مُقْتَضَاهُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ ثَلَاثًا ، وَلَا يَعْلَمُ ذَلِكَ أَحَدٌ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يَقْتَضِيهِ ، فَكَيْفَ يَعْلَمُ أَنَّ مُقْتَضَاهُ مَا لَيْسَ بِمُقْتَضَاهُ ، وَعَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا كَانَ خَاصًّا لِحَبَّانٍ ؛ بِدَلِيلٍ مَا رَوَيْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ كَانَ يُثَبِّتُ لَهُ الرَّدَّ عَلَى مَنْ لَمْ يَعْلَمْ مُقْتَضَاهُ .

فصل : إِذَا شَرَطَ الْخِيَارَ حِيلَةً عَلَى الْإِنْتِفَاعِ بِالْقَرْضِ ، لِيَأْخُذَ غَلَّةَ الْمَبِيعِ وَنَفْعَهُ فِي مُدَّةِ إِنْتِفَاعِ الْمُقْتَرَضِ بِالثَّمَنِ ، ثُمَّ يَرُدُّ الْمَبِيعَ بِالْخِيَارِ عِنْدَ رَدِّ الثَّمَنِ ، فَلَا خَيْرَ^(٣٣) فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحِيلِ . وَلَا يَحِلُّ لَأَخِيذِ الثَّمَنِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَلَا التَّصَرُّفُ فِيهِ . قَالَ الْأَثَرُمُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ الشَّيْءَ ، وَيَقُولُ : لَكَ الْخِيَارُ إِلَى كَذَا وَكَذَا ، مِثْلَ الْعَقَارِ ؟ قَالَ : هُوَ جَائِزٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ حِيلَةً ؛ أَرَادَ أَنْ يُقْرِضَهُ ، فَيَأْخُذَ مِنْهُ الْعَقَارَ ، فَيَسْتَعْلِفُهُ ، وَيَجْعَلُ لَهُ فِيهِ الْخِيَارَ ، لِيَرْبَحَ فِيمَا أَقْرِضَهُ بِهَذِهِ الْحِيلَةِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَرَادَ هَذَا ، فَلَا بَأْسَ . قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : فَإِنْ أَرَادَ إِرْفَاقَهُ ، أَرَادَ أَنْ يُقْرِضَهُ مَالًا يَخَافُ أَنْ يَذْهَبَ ، فَاشْتَرَى مِنْهُ شَيْئًا ، وَجَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ ، وَلَمْ يُرِدِ الْحِيلَةَ ؟ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : هَذَا جَائِزٌ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا مَاتَ انْقَطَعَ الْخِيَارُ ، لَمْ يَكُنْ لَوَرَثَتِهِ .^(٣٤) وَقَوْلُ أَحْمَدَ بِالْجَوَازِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَبِيعِ الَّذِي لَا يُنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِإِثْلَافِهِ ، أَوْ عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَنْتَفِعُ بِالْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ؛ لِئَلَّا يُفْضِيَ إِلَى أَنَّ الْقَرْضَ جَرٌّ مَنْفَعَةٌ^(٣٤) .

فصل : فَإِنْ قَالَ : بَعْتُكَ عَلَى أَنْ تُنْقِذَنِي الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثٍ ، أَوْ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ بَيْنَنَا . فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَبِهِ قَالَ / أَبُو ثَوْرٍ ، إِذَا كَانَ الشَّرْطُ إِلَى ثَلَاثٍ . وَحُكِيَ مِثْلُ

(٣٣) فِي م : « خِيَار » .

(٣٤ - ٣٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

قوله عن ابن عمر . وقال مالك : يجوز في اليوميين والثلاثة ونحوها ، وإن كان عشرين ليلة فسخ البيع . وقال الشافعي ، وزفر : البيع فاسد ؛ لأنه علق فسخ البيع على غرر ، فلم يصح ، كما لو علقه بقُدوم زيد . ولنا ، أن هذا يروى عن عمر ، رضي الله عنه ، ولأنه علق رفع العقد بأمر يحدث في مدة الخيار ، فجاز ، كما لو شرط الخيار ، ولأنه نوع بيع ، فجاز أن يفسخ بتأخير القبض ، كالصرف ، ولأن هذا بمعنى شرط الخيار ؛ لأنه كما يحتاج إلى التروى في البيع ، هل يوافقه أولا ؟ يحتاج إلى التروى في الثمن ، هل يصير منقودا أولا ؟ فهما سيان في المعنى ، متغيران في الصورة ، إلا أنه في الخيار يحتاج إلى الفسخ ، وههنا يفسخ إذا لم يتقد ؛ لأنه جعله كذلك .

فصل : والعقود على أربعة أضرب^(٣٥) ؛ أحدها ، عقد لازم ، يقصد منه العوض ، وهو البيع وما في معناه ، وهو نوعان ؛ أحدهما ، يثبت فيه الخياران : خيار المجلس ، وخيار الشرط ، وهو البيع فيما لا يشترط فيه القبض في المجلس ، والصلح بمعنى البيع ، والهبة بعوض على إحدى الروايتين ، والإجارة في الذمة ، نحو أن يقول : استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه ، فهذا يثبت فيه الخيار ، لأن الخبر^(٣٦) ورد في البيع ، وهذه^(٣٧) في معناه . فأما الإجارة المعينة ، فإن كانت مدتها من حين العقد ، دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط ؛ لأن دُخوله يقضى إلى قوت بعض المنافع المعقود عليها ، أو إلى استيفائها في مدة الخيار ، وكلاهما لا يجوز . وهذا مذهب الشافعي . وذكره القاضي مرة مثل هذا ، ومرة قال : يثبت فيها الخياران قياسا على البيع . وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق بينهما . وأما الشفعة ، فلا خيار فيها ؛ لأن المشتري يؤخذ منه المبيع قهرا ، والشفيع

(٣٥) ذكر المصنف ستة أضرب كما سترى .

(٣٦) في م : « الخيار » .

(٣٧) في م : « وهذا » .

يَسْتَقِلُّ^(٣٨) بِاتِّزَاعِ الْمَبِيعِ مِنْ غَيْرِ رِضَا صَاحِبِهِ ، فَأُشْبِهَ فَسَخَ الْبَيْعِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ،
وَنَحْوِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ لِلشَّفِيعِ^(٣٩) خِيَارُ الْمَجْلِسِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ الْمَبِيعِ بِثَمَنِهِ ،
فَأُشْبِهَ الْمُشْتَرِيَ . النَّوعُ الثَّانِي ، مَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ ، كَالصَّرْفِ ،
وَالسَّلَمِ ، وَيَبْعُ مَالِ الرَّبَا / بِجِنْسِهِ ، فَلَا يَدْخُلُهُ خِيَارُ الشَّرْطِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛
لأنَّ مَوْضُوعَهَا عَلَى أَنْ لَا يَبْقَى بَيْنَهَا عُلُقَةٌ بَعْدَ التَّفَرُّقِ ، بِدَلِيلِ اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ ، وَثُبُوتِ
الْخِيَارِ يُبْقَى بَيْنَهُمَا عُلُقًا^(٤٠) ، وَيَثْبُتُ فِيهَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ فِي الصَّحِيحِ مِنْ
الْمَذْهَبِ ؛ لِغُيُومِ الْخَبَرِ ، وَلأنَّ مَوْضُوعَهُ لِلنَّظَرِ فِي الْحِظِّ فِي الْمُعَاوَضَةِ ، وَهُوَ
مَوْجُودٌ فِيهَا . وَعَنْهُ لَا يَثْبُتُ^(٤١) فِيهَا الْخِيَارُ إِلَّا حَاقًا بِخِيَارِ الشَّرْطِ . الضَّرْبُ الثَّانِي ،
لَا زِمَ ، لَا يُقْصَدُ بِهِ الْعَوَضُ ، كَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ . فَلَا يَثْبُتُ فِيهِمَا خِيَارٌ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ
إِنَّمَا يَثْبُتُ لِمَعْرِفَةِ الْحِظِّ فِي كَوْنِ الْعَوَضِ جَائِزًا ، لَمَّا يَذْهَبُ مِنْ مَالِهِ . وَالْعَوَضُ هُنَا
لَيْسَ هُوَ الْمَقْصُودُ ، وَكَذَلِكَ الْوَقْفُ وَالْهَبَةُ ، وَلأنَّ فِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ فِي النِّكَاحِ ضَرَرًا
ذَكَرْنَاهُ قَبْلَ هَذَا . الضَّرْبُ الثَّلَاثُ ، لَا زِمَ مِنْ أَحَدِ طَرَفَيْهِ دُونَ الْآخَرِ ، كَالرَّهْنِ ،
لَا زِمَ فِي حَقِّ الرَّاهِنِ ، جَائِزٌ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ ، فَلَا يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارٌ ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ
يَسْتَعْنِي بِالْجَوَازِ فِي حَقِّهِ عَنْ ثُبُوتِ خِيَارِ آخَرَ ، وَالرَّاهِنُ يَسْتَعْنِي بِثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهُ
إِلَى أَنْ يَقْبِضَ ، وَكَذَلِكَ الضَّامِنُ وَالْكَفِيلُ ، لَا خِيَارَ لهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا دَخَلَا مُتَطَوِّعَيْنِ
رَاضِيَيْنِ بِالْعَيْنِ ، وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبُ . الضَّرْبُ الرَّابِعُ ، عَقْدُ جَائِزٍ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ،
كَالشَّرِكَةِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، وَالْجَعَالَةِ ، وَالْوَكَالَةِ ، وَالْوَدِيعَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، فَهَذِهِ
لَا يَثْبُتُ فِيهَا خِيَارٌ ، اسْتِغْنَاءً بِجَوَازِهَا ، وَالتَّمَكُّنِ مِنْ فَسْخِهَا بِأَصْلِ وَضْعِهَا .
الضَّرْبُ الْخَامِسُ ، وَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْجَوَازِ وَاللُّزُومِ ، كَالْمُسَاقَاةِ^(٤٢) ،

(٣٨) فِي م : « مُسْتَقِلٌّ » .

(٣٩) فِي الْأَصْلِ : « لِلْمَبِيعِ » .

(٤٠) فِي م : « عُلُقَةٌ » .

(٤١) فِي الْأَصْلِ : « يَجِبُ » .

(٤٢) فِي م : « كَالْمُسَاقَاتِ » .

والمُزَارَعَةُ ، والظَّاهِرُ أَنَّهُمَا جَائِزَانِ ، فَلَا يَدْخُلُهُمَا خِيَارٌ . وَقَدْ قِيلَ : هُمَا لَازِمَانِ ،
فَفِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ فِيهِمَا وَجْهَانِ ، وَالسَّبْقُ وَالرَّمْيُ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُمَا جَعَالَةٌ ، فَلَا يَثْبُتُ
فِيهِمَا خِيَارٌ . وَقِيلَ : هُمَا إِجَارَةٌ ، وَقَدْ مَضَى ذِكْرُهَا . الضَّرْبُ السَّادِسُ ، لَازِمٌ يَسْتَقِلُّ
بِهِ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، كَالْحَوَالَةِ ، وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، فَلَا خِيَارَ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا يُعْتَبَرُ
رِضَاهُ لَا خِيَارَ لَهُ . وَإِذَا لَمْ يَثْبُتْ فِي أَحَدٍ طَرَفِيهِ لَمْ يَثْبُتْ فِي الْآخَرِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ الْخِيَارُ لِلْمُحِيلِ وَالشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ يُقْصَدُ فِيهَا الْعِوَضُ ،
فَأَشْبَهَتْ سَائِرَ الْبَيْعِ .

/ باب الرِّبَا والصَّرْف

الرِّبَا فِي اللَّغَةِ : هُوَ الزِّيَادَةُ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَإِذَا أُنْزِلْنَا عَلَيْهَا أَلْمَاءٌ اهْتَرَّتْ وَرَبَتْ ﴾ ^(١) . وَقَالَ : ﴿ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَى مِنْ أُمَّةٍ ﴾ ^(٢) . أَيْ أَكْثَرُ عَدَدًا ، يُقَالُ : أَرْبَى فُلَانٌ عَلَى فُلَانٍ ، إِذَا زَادَ عَلَيْهِ . وَهُوَ فِي الشَّرْعِ : الزِّيَادَةُ فِي أَشْيَاءَ مَخْصُوصَةٍ . وَهُوَ مُحَرَّمٌ بِالْكِتَابِ ، وَالسُّنَّةِ ، وَالْإِجْمَاعِ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ ^(٣) . وَمَا بَعْدَهَا مِنَ الْآيَاتِ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ » . قِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا هِيَ ؟ قَالَ : « الشَّرْكُ بِاللَّهِ ، وَالسَّحَرُ ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ، وَآكُلُ الرِّبَا ، وَآكُلُ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَالتَّوَلَّى يَوْمَ الزَّحْفِ ، وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ الْغَافِلَاتِ » . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ لَعَنَ آكِلَ الرِّبَا ، وَمُؤْكِلَهُ ، وَشَاهِدَيْهِ ، وَكَاتِبَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا ^(٤) فِي أَخْبَارٍ سِوَى هَذَيْنِ

(١) سورة الحج ٥ .

(٢) سورة النحل ٩٢ .

(٣) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٤) الأول أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا ﴾ ، من كتاب الوصايا . وباب الشرك والسحر من الموبقات ، من كتاب الطب . وباب رمي المحصنات ... ، من كتاب الحدود . صحيح البخاري ١٢/٤ ، ١٧٧/٧ ، ٢١٨/٨ . ومسلم ، في : باب بيان الكبائر وأكبرها ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٩٢/١ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في التشديد في أكل مال اليتيم ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠٤/٢ . والنسائي ، في : باب اجتناب أكل مال اليتيم ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢١٥/٦ ، ٢١٦ . والثاني أخرجه البخاري ، في : باب من لعن المصور ، من كتاب اللباس . صحيح البخاري ٢١٧/٧ . ومسلم ، في : باب لعن آكل الربا ومؤكله ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٩/٣ . =

كثيرة^(٥) ، وأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى أَنَّ الرِّبَا مُحَرَّمٌ .

فصل : والرِّبَا عَلَى ضَرَبَيْنِ : رَبَا الْفَضْلِ ، وَرَبَا النَّسِيبَةِ . وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى تَحْرِيمِهِمَا . وقد كان في رِبَا الْفَضْلِ اخْتِلَافٌ بَيْنَ الصَّحَابَةِ ؛ فَحُكِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَأَسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ ، وَزَيْدِ بْنِ أَرْقَمٍ ، وَابْنِ الزُّبَيْرِ ، أَنَّهُمْ قَالُوا : إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيبَةِ . لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا رِبَا إِلَّا فِي النَّسِيبَةِ » . رواه البخاري^(٦) . والمَشْهُورُ مِنْ ذَلِكَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، ثُمَّ إِنَّهُ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ الْجَمَاعَةِ ، رَوَى ذَلِكَ الْأَثَرُ بِإِسْنَادِهِ ، وَقَالَ التِّرْمِذِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَالَ سَعِيدٌ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ أَبِي صَالِحٍ ، قَالَ : صَحِبْتُ ابْنَ عَبَّاسٍ حَتَّى مَاتَ ، فَوَاللَّهِ مَا رَجَعَ عَنِ الصَّرْفِ . وَعَنْ سَعِيدِ ابْنِ جُبَيْرٍ ، قَالَ : سَأَلْتُ ابْنَ عَبَّاسٍ قَبْلَ مَوْتِهِ بِعِشْرِينَ لَيْلَةً عَنِ الصَّرْفِ ؟ فَلَمْ يَرَّ بِهِ بَأْسًا ، وَكَانَ يَأْمُرُ بِهِ . وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْجُمْهُورِ ؛ لِحَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، قَالَ : « لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَلَا تُشِفُّوا^(٧) بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تَبِيعُوا غَائِبًا بِنَاجِزٍ » . وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ أَيْضًا ، قَالَ : جَاءَ

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب في آكل الربا وموكله ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢١٩/٢ .
والتِّرْمِذِيُّ ، في : باب ما جاء في أكل الربا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٠٧/٥ . والنسائي ، في :
باب الموتشعات وذكر الاختلاف على عبد الله بن مرة والشعبي في هذا ، من كتاب الزينة . المجتبى ١٢٧/٨ .
وابن ماجه ، في : باب التغليظ في الربا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٤/٢ . والدارمي ، في :
باب في لعن آكل الربا وموكله ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٤٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٨٣/١ ،
٨٨ ، ٩٣ ، ١٠٧ ، ١٢١ ، ١٣٣ ، ١٥٠ ، ١٥٨ ، ٣٩٣ ، ٣٩٤ ، ٤٠٢ ، ٤٠٩ ، ٤٥٣ .
(٥) في الأصل : « كثير » .

(٦) في : باب بيع الدينار بالدينار نساء ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٨/٣ .
كما أخرجه مسلم ، في : باب بيع الطعام مثلا بمثل ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٧/٣ ، ١٢١٨ .
والنسائي ، في : باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٧/٧ . وابن
ماجه ، في : باب من قال لا ربا إلا في النسبية ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٨/٢ ، ٧٥٩ .
والدارمي ، في : باب لا ربا إلا في النسبية ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٩/٢ . والإمام أحمد ، في :
المسند ٢٠٠/٥ ، ٢٠٢ ، ٢٠٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

(٧) لَا تُشِفُّوا : أَي لَا تَفْضِلُوا . وَالشَّفُّ : الزِّيَادَةُ . وَيُطْلَقُ أَيْضًا عَلَى النِّقْصَانِ ، فَهُوَ مِنَ الْأَضْدَادِ .

بِلَالٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ بِتَمْرِ بَرْنِي^(٨) ، / فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « مِنْ أَيْنَ هَذَا يَا بِلَالُ ؟ » . قَالَ : كَانَ عِنْدَنَا تَمْرٌ رَدِيٌّ ، فَبِعْتُ صَاعَيْنِ بِصَاعٍ ، لِيَطْعَمَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَوْهَ ، عَيْنُ الرَّبَا ، ^(٩) عَيْنُ الرَّبَا » ، لَا تَفْعَلْ ، وَلَكِنْ إِنْ أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ فَبِعِ التَّمْرَ بِبَيْعِ آخَرَ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا^(١٠) ، قَالَ التِّرْمِذِيُّ : عَلَى حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْعَمَلُ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا رَبًّا إِلَّا فِي النَّسِيئَةِ » . مَحْمُولٌ عَلَى الْجِنْسَيْنِ .

٧٠٤ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَكُلُّ مَا كِيلَ أَوْ وَزِنَ مِنْ سَائِرِ الْأَشْيَاءِ ، فَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِيهِ إِذَا كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا)

قوله : « مِنْ سَائِرِ الْأَشْيَاءِ » . يَعْنِي مِنْ جَمِيعِهَا . وَضَعَ سَائِرَ مَوْضِعَ جَمِيعٍ تَجَوُّزًا ، وَمَوْضُوعُهَا الْأَصْلِيُّ لِبَاقِي الشَّيْءِ ، وَقَدْ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الرَّبَا أَحَادِيثُ كَثِيرَةٌ ، وَمِنْ أُنْمَاهَا مَا رَوَى عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، فَمَنْ

(٨) البرني : ضرب من التمر أصفر مُدَوَّرٌ ، وهو أجود التمر ، واحدته بَرْنِيَّةٌ . لسان العرب (ب ر ن) .
(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

(١٠) الأول أخرجه البخاري ، في : باب بيع الفضة بالفضة ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٧/٣ .
ومسلم ، في : باب الربا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٨/٣ ، ١٢٠٩ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في الصرف ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٤٩/٥ ، ٢٥٠ . والنسائي ، في : باب بيع الذهب بالذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٤/٧ ، ٢٤٥ . والإمام مالك ، في : باب بيع الذهب بالفضة تبرأوعينا ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٣٢/٢ ، ٦٣٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٣ ، ٩ .

والثاني أخرجه البخاري ، في : باب إذا باع الوكيل شيئاً فاسداً في بيعه مردود ، من كتاب الوكالة . صحيح البخاري ١٣٣/٣ . ومسلم ، في : باب بيع الطعام مثلاً بمثل ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٥/٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب بيع التمر بالتمر متفاضلاً ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٩/٧ ، ٢٤٠ .

زَادَ أَوْ اِزْدَادَ فَقَدْ اُرْبَى ، يَبْعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَيَبْعُوا الْبُرَّ
بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَيَبْعُوا الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ . رواه
مُسْلِمٌ ^(١) . فهذه الأعيانُ المنصوصُ عليها يَثْبُتُ الرِّبَا فيها بالنَّصِّ والإجماعِ .
واختلفَ أهلُ العلمِ فيما سواها ، فحكى عن طاووسٍ وقتادةَ أنَّهما قصَّرا الرِّبَا
عليها ، وقالوا : لا يَجْرِي في غيرها . وبه قال داودُ ونُفَاةُ القِيَّاسِ ، وقالوا : ما
عَدَّاهَا على أَصْلِ الإِبَاحَةِ ؛ لقولِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٢) . وَاتَّفَقَ
القَائِلُونَ بِالْقِيَّاسِ على أَنَّ ثُبُوتَ الرِّبَا فيها بَعْلَةٌ ، وَأَنَّهُ يَثْبُتُ في كُلِّ مَا وُجِدَتْ فِيهِ
عِلَّتُهَا ؛ لِأَنَّ الْقِيَّاسَ دَلِيلُ شَرْعِيٍّ ، فَيَجِبُ اسْتِخْرَاجُ عِلَّةِ هَذَا الْحُكْمِ ، وَاثْبَاتُهُ
في كُلِّ مَوْضِعٍ وَجِدَتْ عِلَّتُهُ فِيهِ . وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ . يَقْتَضِي
تَحْرِيمَ كُلِّ زِيَادَةٍ ، إِذِ الرِّبَا في اللَّغَةِ الزِّيَادَةُ ، إِلَّا مَا أَجْمَعْنَا على تَخْصِيصِهِ . وَهَذَا
يُعَارِضُ مَا ذَكَرُوهُ . / ثُمَّ اتَّفَقَ أَهْلُ الْعِلْمِ على أَنَّ رِبَا الْفَضْلِ لا يَجْرِي إِلَّا في الْجِنْسِ
الوَاحِدِ ، إِلَّا سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، فَإِنَّهُ قَالَ : كُلُّ شَيْئَيْنِ يَتَقَارَبُ الِاتِّفَاعُ بِهِمَا لا يَجُوزُ
بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَفَاضِلًا ، كَالْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ ، وَالتَّمْرِ بِالزَّيْبِ ، وَالدُّخَانِ
بِالدُّخَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَقَارَبُ نَفْعُهُمَا ، فَجَرِيًا مَجْرَى نَوْعِي جِنْسٍ وَاحِدٍ . وَهَذَا
يُخَالِفُ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « يَبْعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَيَبْعُوا
الْبُرَّ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ » . فَلَا يُعَوَّلُ عَلَيْهِ . ثُمَّ يَبْطُلُ بِالدَّهَبِ بِالْفِضَّةِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ
التَّفَاضُلُ فِيهِمَا مع تَقَارُبِهِمَا . وَاتَّفَقَ الْمُعَلِّلُونَ على أَنَّ عِلَّةَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَاحِدَةٌ ،
وَعِلَّةُ الْأَعْيَانِ الْأَرْبَعَةِ وَاحِدَةٌ ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا في عِلَّةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ فَرَوَى عَنْ
أَحْمَدَ في ذَلِكَ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ، أَشْهَرُهُنَّ أَنَّ عِلَّةَ الرِّبَا في الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ

١٥٨/٤ و

(١) في : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٠/٣ ، ١٢١١ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٢/٢ ، ٢٢٣ .
والنسائي ، في : باب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٠/٧ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ . وابن ماجه ،
في : باب الصرف وما لا يجوز متفاضلا يدا بيد ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٧/٢ ، ٧٥٨ .
والدارمي ، في : باب في النهي عن الصرف ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٩/٢ .

(٢) سورة البقرة ٢٧٥ .

كَوْنُهُ مَوْزُونٌ جِنْسٍ ، وَعِلَّةُ الْأَغْيَانِ الْأَرْبَعَةِ مَكِيلُ جِنْسٍ . ثَقَلَهَا عَنْ أَحْمَدَ الْجَمَاعَةُ ، وَذَكَرَهَا الْخِرَقِيُّ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَهُوَ قَوْلُ النَّخَعِيِّ ، وَالثُّهْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . فَعَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ يَجْرِي الرُّبَا فِي كُلِّ مَكِيلٍ ، أَوْ مَوْزُونٍ بِجِنْسِهِ ، مَطْعُومًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مَطْعُومٍ ، كَالْحُبُوبِ ، وَالْأَشْنَانِ ، وَالثُّورَةِ ، وَالْقُطْنِ ، وَالصُّوفِ ، وَالْكُتَّانِ ، وَالْوَرَسِ ، وَالْحِنَاءِ ، وَالْعُصْفَرِ ، وَالْحَدِيدِ ، وَالثُّحَاسِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَلَا يَجْرِي فِي مَطْعُومٍ لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ ؛ لَمَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ قَالَ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا تَبِيعُوا الدِّينَارَ بِالدِّينَارَيْنِ ، وَلَا الدَّرْهَمَ بِالدَّرْهَمَيْنِ ، وَلَا الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ ، فَإِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ الرَّمَاءَ » . وَهُوَ الرُّبَا ، فَقَامَ إِلَيْهِ رَجُلٌ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَرَأَيْتَ الرَّجُلَ يَبِيعُ الْفَرَسَ بِالْأَفْرَاسِ ، وَالتَّجِيَّةَ بِالْإِبِلِ ؟ فَقَالَ : « لَا بَأْسَ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ » . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي الْمُسْنَدِ (٣) ، عَنْ أَبِي جَنَابٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ . وَعَنْ أَنَسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا وُزِنَ مِثْلًا بِمِثْلٍ إِذَا كَانَ نَوْعًا وَاحِدًا ، وَمَا كِيلَ مِثْلًا بِمِثْلٍ إِذَا كَانَ نَوْعًا وَاحِدًا » . رَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ (٤) ، وَرَوَاهُ عَنْ ابْنِ صَاعِدٍ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ ، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَيُّوبَ ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عِيَّاشٍ ، عَنْ الرَّبِيعِ بْنِ (٥) صَبِيحٍ ، عَنْ الْحَسَنِ ، عَنْ عُبَادَةَ ، وَأَنَسٍ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقَالَ : لَمْ يَرَوْهُ عَنْ أَبِي بَكْرٍ هَكَذَا / غَيْرُ مُحَمَّدَ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ أَيُّوبَ ، وَخَالَفَهُ غَيْرُهُ فَرَوَاهُ بِلَفْظٍ آخَرَ . ١٥٨/٤ ظ

وَعَنْ عَمَّارٍ أَنَّهُ قَالَ : الْعَبْدُ خَيْرٌ مِنَ الْعَبْدَيْنِ ، وَالثَّوْبُ خَيْرٌ مِنَ الثَّوْبَيْنِ . فَمَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ ، إِنَّمَا الرُّبَا فِي النَّسَاءِ ، إِلَّا مَا كِيلَ أَوْ وُزِنَ . وَلَأَنَّ قَضِيَّةَ الْبَيْعِ

(٣) المسند ١٠٩/٢ .

وعزاه الهيثمي ، في : مجمع الزوائد إلى الطبراني . مجمع الزوائد ١٠٥/٤ .

(٤) في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ١٨/٣ .

(٥) في النسخ : « عن » . والتصحيح من سنن الدارقطني .

وهو الربيع بن صبيح السعدي أبو بكر ، ويقال أبو حفص البصري ، مولى بني سعد بن زيد مناة ، مات

سنة مائة وستين بأرض المسند . تهذيب التهذيب ٢٤٧/٣ ، ٢٤٨ .

المساواة ، والمؤثر في تحقيقها الكيل ، والوزن ، والجنس ، فإن الوزن أو الكيل يسوى بينهما صورة ، والجنس يسوى بينهما معنى ، فكانا علة ، وجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعام ؛ بدليل بيع الثقبلة بالخفيفة ، فإنه جائز إذا تساوى في الكيل . والرواية الثانية ، أن العلة في الأثمان الثمنية ، وفيما عداها كونه مطعوم جنس ، فيختص بالمطعومات ، ويخرج منه ما عداها ، قال أبو بكر : روى ذلك عن أحمد جماعة ، ونحو هذا قال الشافعي ، فإنه قال : العلة الطعام ، والجنس شرط . والعلة في الذهب والفضة جوهرية الثمنية غالباً ، فيختص بالذهب والفضة ؛ لما روى معمر بن عبد الله ، أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل . رواه مسلم^(٦) . ولأن الطعام وصف شريف ، إذ به قوام الأبدان ، والثمنية وصف شريف ، إذ بها قوام الأموال ، فيقتضى التعليل بهما ، ولأنه لو كانت العلة في الأثمان الوزن لم يجز إسلامهما في الموزونات ؛ لأن أحد وصفي علة ربا الفضل يكفي في تحريم النساء . والرواية الثالثة ؛ العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلاً أو موزوناً ، فلا يجرى الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن ، كالنخاع والرمان ، والخوخ ، والبطيخ ، والكمثرى ، والأترج ، والسفرجل ، والإجاص ، والخيار ، والجوز ، والبيض ، ولا فيما ليس بمطعوم ، كالزعفران ، والأشنان ، والحديد ، والرصاص ، ونحوه . ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، وهو قديم قول الشافعي ؛ لما روى عن سعيد بن المسيب ، عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا رباً إلا فيما كيل أو وزن ، مما يؤكل أو يشرب » . أخرجه الدارقطني^(٧) ، وقال : الصحيح أنه من قول سعيد ، ومن رفعه فقد وهم . ولأن

(٦) في : باب بيع الطعام مثلاً بمثل ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٤/٣

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٠٠/٦ .

(٧) في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ١٤/٣ .

كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب بيع الذهب بالفضة تبراً وعيناً ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٣٥/٢ .

لكل واحد من هذه الأوصاف أثرا ، والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه ، / فلا يجوز حذفه . ولأن الكيل والوزن والجنس لا يقتضي وجوب المماثلة ، وإنما أثره في تحقيقها^(٨) في العلة ما يقتضي ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه ، والطعم بمجرد لا تتحقق المماثلة به ؛ لعدم المعيار الشرعي فيه . وإنما تجب المماثلة في المعيار الشرعي وهو الكيل ، والوزن ، ولهذا وجبت المساواة في المكيل كَيْلًا ، وفي الموزون وزنًا ، فوجب أن يكون الطعم معتبرا في المكيل والموزون ، دون غيرهما . والأحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها ، وتقيد كل واحد منها بالآخر ، فنهى النبي ﷺ عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي ، وهو الكيل والوزن ، ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعم المنهي عن التفاضل فيه . وقال مالك : العلة القوت ، أو : ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات . وقال ربيعة : يجري الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره . وقال ابن سيرين : الجنس الواحد علة . وهذا القول لا يصح ؛ لقول النبي ﷺ في بيع الفرس بالأفراس ، والنجيب بالإبل : « لا بأس به إذا كان يدا بيد »^(٩) . وروى أن النبي ﷺ ابتاع عبداً بعبدين . رواه أبو داود ، والترمذي^(١٠) ، وقال : هو حديث حسن صحيح . وقول مالك ينتقض بالخطب والإدام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده ، وتعليل ربيعة ينعكس بالملح ، والعكس لازم

(٨) في الأصل : « تحقيقهما » .

(٩) تقدم في صفحة ٥٤ .

(١٠) أخرجه أبو داود ، في : باب في ذلك إذا كان يدا بيد ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٥/٢ .

والترمذي ، في : باب ما جاء في شراء العبد بالعبدين ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٤٧/٥ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب جواز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٥/٣ . والنسائي ، في : باب بيع المالك ، من كتاب البيعة ، وفي : باب بيع الحيوان بالحيوان يدا بيد متفاضلا ، من كتاب البيوع . المجتبى ١٣٥/٧ ، ٢٥٧ . وابن ماجه ، في : باب البيعة ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٥٨/٢ .

عند اتحاد العلة . والحاصل أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن^(١١) والطعم ، من جنس واحد ، ففيه الربا رواية واحدة ، كالأرز ، والدخن ، والذرة ، والقطنيات^(١٢) ، والدُّهن ، والحل ، واللبن ، واللحم ، ونحوه . وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : هذا قول علماء الأمصار في القديم والحديث ، سوى قتادة ، فإنه بلغني أنه شذ عن جماعة الناس ، فقصر تحريم التفاضل على البسطة الأشياء . وما انعدم فيه الكيل ، والوزن ، والطعم ، واختلف جنسه ، فلا ربا فيه ، رواية واحدة . وهو قول أكثر أهل العلم ، كالتيين ، والنوى ، والقث ، والماء ، والطين الأرميني ، / فإنه يؤكل دواء ، فيكون مؤزونا مأكولا ، فهو إذا من القسم الأول ، وما عداه إنما يؤكل سفها ، فجرى مجرى الرمل والحصى . وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال لعائشة : « لَا تَأْكُلِي الطَّيْنَ ، فَإِنَّهُ يُصَفِّرُ اللَّوْنَ »^(١٣) . وما وجد فيه الطعم وحده ، أو الكيل أو الوزن ، من جنس واحد ، ففيه روايتان ، واختلف أهل العلم فيه ، والأولى إن شاء الله تعالى حله ؛ إذ ليس في تحريمه دليل مؤثوق به ، ولا معنى يقوى التمسك به ، وهي مع ضعفها يعارض بعضها بعضا ، فوجب أطراحها ، أو الجمع بينها ، والرُّجوع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب ، والسنة ، والاعتبار . ولا فرق في المَطْعومات بين ما يؤكل قوتا ، كالأرز ، والذرة ، والدخن ، أو أدما كالقطنيات ، واللبن ، واللحم ، أو تفكها كالثمار ، أو تداويا كالأهليلج^(١٤) ، والسقمونيا^(١٥) ، فإن الكل في باب الربا واحد .

فصل ، وقوله : ما كيل ، أو وزن . أى : ما كان جنسه مكيلا ، أو مؤزونا ، وإن لم يتأت فيه كيل ، ولا وزن ، إما لقلته كالحبة والحببتين ، والحفنة

(١١) في الأصل : « أو الوزن » .

(١٢) القطنيات : هي الحبوب التي تدخر كالجمص والعدس .

(١٣) لم نجده فيما بين أيدينا من كتب السنة . وقال ابن القيم ، في زاد المعاد ٤/٣٣٧ : وكل حديث في الطين فإنه لا يصح ، ولا أصل له عن رسول الله ﷺ .

(١٤) الأهليلج : ثمر ينفع من الخواثيق ويحفظ العقل ويزيل الصداع . القاموس .

(١٥) السقمونيا : نبات يستخرج من تجايفه دواء مسهل . القاموس .

والْحَفَّتَيْنِ ، وَمَادُونِ الْأَرْزَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، أَوْ لِكَثْرَتِهِ كَالزُّبْرَةِ^(١٦) الْعَظِيمَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ ، إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَيَحْرُمُ التَّفَاضُلُ فِيهِ . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَرَخَّصَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي بَيْعِ الْحَفْنَةِ بِالْحَفَّتَيْنِ ، وَالْحَبَّةِ بِالْحَبَّتَيْنِ ، وَسَائِرِ الْمَكِيلِ الَّذِي لَا يَتَأْتِي كَيْلُهُ ، وَوَافَقَ فِي الْمَوْزُونِ ، وَاحْتَجَّ بِأَنَّ الْعِلَّةَ الْكَيْلَ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي الْيَسِيرِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « التَّمَرُ بِالتَّمَرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، مَنْ زَادَ أَوْ أَزَادَ فَقَدْ أَرَبَى »^(١٧) . وَلَأنَّ مَا جَرَى الرَّبَا فِي كَثِيرِهِ جَرَى فِي قَلِيلِهِ ، كَالْمَوْزُونِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ تَمْرَةٍ بِتَمْرَةٍ ، وَلَا حَفْنَةٍ بِحَفْنَةٍ . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُهُ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ ، وَلَكِنَّهُ قِيَاسُ قَوْلِهِمْ ؛ لِأَنَّ مَا أَصْلُهُ الْكَيْلُ لَا تُجْرَى الْمُمِثْلَةُ فِي غَيْرِهِ .

فصل : فَأَمَّا مَا لَا وَزْنَ لِلصَّنَاعَةِ فِيهِ ، كَمَعْمُولِ الْحَدِيدِ ، وَالرَّصَاصِ ، وَالنُّحَاسِ ، وَالْقُطْنِ ، وَالْكَتَّانِ ، وَالصُّوفِ ، وَالْإِبْرِيسَمِ^(١٨) ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الثِّيَابِ وَالْأَكْسِيَةِ أَنَّهُ / لَا يَجْرَى فِيهَا الرَّبَا ، فَإِنَّهُ قَالَ : لَا بَأْسَ بِالثُّوبِ بِالثُّوبَيْنِ ، وَالْكِسَاءِ بِالْكِسَاءَيْنِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَقَالَ : لَا يُبَاعُ الْفَلَسُ بِالْفَلَسَيْنِ ، وَلَا السَّكِّينُ بِالسَّكِّينَيْنِ ، وَلَا إِبْرَةٌ بِإِبْرَتَيْنِ ، أَصْلُهُ الْوَزْنُ . وَنَقَلَ الْقَاضِي حُكْمَ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ إِلَى الْأُخْرَى ، فَجَعَلَ فِيهِمَا جَمِيعًا رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَجْرَى فِي الْجَمِيعِ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْزُونٍ وَلَا مَكِيلٍ ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ . إِذْ لَا مَعْنَى لثُبُوتِ الْحُكْمِ مَعَ انْتِفَاءِ الْعِلَّةِ ، وَعَدَمِ النَّصِّ^(١٩) وَالْإِجْمَاعِ فِيهِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَجْرَى الرَّبَا فِي الْجَمِيعِ . اخْتَارَهَا ابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ أَصْلَهُ الْوَزْنُ ، فَلَا يَخْرُجُ بِالصَّنَاعَةِ عَنْهُ كَالْخُبْزِ ، وَذَكَرَ أَنَّ اخْتِيَارَ

(١٦) الزُّبْرَةُ : الْقِطْعَةُ مِنَ الْحَدِيدِ ، وَالْجَمْعُ زُبْرٌ . لِسَانَ الْعَرَبِ ، مَادَّةُ (ز ب ر) .

(١٧) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٤ .

(١٨) الْإِبْرِيسَمُ : الْحَرِيرُ .

(١٩) فِي م : « النَّقْصُ » .

القاضي ؛ أن ما كان يُقصد وزنه بعد عمله كالأسطال^(٢٠) ففيه الرُّبا ، وما لا^(٢١) فلا .

فصل : وَيَجْرِي الرُّبَا فِي لَحْمِ الطَّيْرِ ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ : لَا يَجْرِي فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يُبَاعُ بِغَيْرِ وَزْنٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَحْمٌ فَجَرَى فِيهِ الرُّبَا ، كَسَائِرِ اللَّحْمَانِ . وَقَوْلُهُ : لَا يُوزَنُ . قُلْنَا : هُوَ مِنْ جِنْسِ مَا يُوزَنُ ، وَيُقْصَدُ ثِقْلُهُ ، وَتُخْتَلَفُ قِيمَتُهُ بِثِقَلِهِ وَخِفَّتِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا يُبَاعُ مِنَ الْخُبْزِ بِالْعَدَدِ .

فصل : وَالْجَيِّدُ وَالرَّدِيُّ ، وَالتَّبَرُّ وَالْمَضْرُوبُ ، وَالصَّحِيحُ وَالْمَكْسُورُ ، سَوَاءٌ فِي جَوَازِ الْبَيْعِ مَعَ التَّمَاثُلِ ، وَتَحْرِيمِهِ مَعَ التَّفَاضُلِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحَكَى عَنْ مَالِكٍ جَوَازُ بَيْعِ الْمَضْرُوبِ بِقِيمَتِهِ مِنْ جِنْسِهِ ، وَأَنْكَرَ أَصْحَابُهُ ذَلِكَ ، وَنَفَوْهُ عَنْهُ . وَحَكَى بَعْضُ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً ، لَا يَجُوزُ^(٢٢) بَيْعُ الصَّحَاحِ بِالْمُكَسَّرَةِ . وَلَأَنَّ لِلصَّنَاعَةِ قِيمَةً ؛ بِدَلِيلِ حَالَةِ الْإِتْلَافِ ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ ضَمَّ قِيمَةَ الصَّنَاعَةِ إِلَى الذَّهَبِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ »^(٢٣) . وَعَنْ عُبَادَةَ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ تَبْرُهَا وَعَيْنُهَا ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ تَبْرُهَا وَعَيْنُهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٢٤) . وَرَوَى مُسْلِمٌ^(٢٥) ، عَنْ أَبِي الْأَشْعَثِ ، أَنَّ مُعَاوِيَةَ أَمَرَ بِبَيْعِ آيَةِ مِنْ فِضَّةٍ فِي أُعْطِيَاتِ النَّاسِ ، فَبَلَغَ عُبَادَةَ فَقَالَ : إِنِّي^(٢٦) سَمِعْتُ

(٢٠) الأسطال : جمع سَطْل ، وهو إناء من معدن كالمرجل ، له علاقة كنصف الدائرة مركبة في عروتين .

(٢١) في الأصل : « وإلا » .

(٢٢) في الأصل : « أنه » .

(٢٣) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٢٤) في : باب في الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٢٢ ، ٢٢٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب بيع الشعر بالشعر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٤٢ ، ٢٤٣ .

(٢٥) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٢٦) سقط من : م .

رسول الله ﷺ يَنْهَى عَنْ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ ، وَالْبُرِّ بِالْبُرِّ ،
وَالشَّعِيرِ بِالشَّعِيرِ ، وَالْمِلْحِ بِالْمِلْحِ ، إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ ، عَيْنًا بِعَيْنٍ ، فَمَنْ زَادَ / ١٦٠/٤ ظ
أَوْ أَزَادَ فَقَدْ أُرْبَى . وَرَوَى الْأَثَرُ^(٢٧) ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ ، أَنَّ مُعَاوِيَةَ بَاعَ سِقَايَةً
مِنْ ذَهَبٍ أَوْ وَرَقٍ بِأَكْثَرٍ مِنْ وَزْنِهَا ، فَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ
يَنْهَى عَنْ مِثْلِ هَذَا إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ . ثُمَّ قَدِمَ أَبُو الدَّرْدَاءِ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُمَا ، فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ ، فَكَتَبَ عُمَرُ إِلَى مُعَاوِيَةَ ، لَا تَبِعْ ذَلِكَ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ،
وَزَنَّا بِوَزْنٍ^(٢٨) . وَلَئِنْهُمَا تَسَاوَا فِي الْوِزْنِ ، فَلَا يُؤْثَرُ اخْتِلَافُهُمَا فِي الْقِيَمَةِ ، كَالْجَيِّدِ
وَالرَّدِيِّ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ لِصَائِعٍ : صُغْ لِي خَاتَمًا وَزَنَّهُ دِرْهَمًا ، وَأَعْطَيْكَ مِثْلَ وَزْنِهِ ،
وَأَجَرْتُكَ دِرْهَمًا . فَلَيْسَ ذَلِكَ بِبَيْعٍ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : لِلصَّائِعِ
أَخْذُ الدَّرْهَمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا فِي مُقَابَلَةِ الْخَاتَمِ ، وَالثَّانِي أُجْرَةٌ لَهُ .

فصل : وكُلُّ مَا حُرِّمَ فِيهِ التَّفَاضُلُ حُرِّمَ فِيهِ النَّسَاءُ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَيَحْرُمُ
التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « عَيْنًا بِعَيْنٍ »^(٢٩) . وَقَوْلِهِ : « يَدًا
بِيَدٍ »^(٣٠) . وَلِأَنَّ تَحْرِيمَ النَّسَاءِ أَكْثَرُ ، وَلِذَلِكَ جَرَى فِي الْجِنْسَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ ، فَإِذَا
حُرِّمَ التَّفَاضُلُ ، فَالنِّسَاءُ أَوْلَى بِالتَّحْرِيمِ .

٧٠٥ - قال : (وَمَا كَانَ مِنْ جِنْسَيْنِ فَجَائِزُ التَّفَاضُلِ فِيهِ يَدَا يَدٍ ، وَلَا يَجُوزُ
نَسِيئَةٌ)

لَا خِلَافَ فِي جَوَازِ التَّفَاضُلِ فِي الْجِنْسَيْنِ نَعْلَمُهُ ، إِلَّا عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ أَنَّهُ قَالَ :

(٢٧) وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٤٥/٧ . وَابْيَهَقِي ،
فِي : بَابِ تَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مَا يَجْرَى فِيهِ الرِّبَا مَعَ تَحْرِيمِ النَّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى
٢٨٠/٥ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ تَبْرًا وَعَيْنًا ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُوطَأُ ٦٣٤/٢ .
(٢٨) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ وَابْيَهَقِي ، فِي الْمَوْضِعِ السَّابِقِ .

(٢٩) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٤ .

(٣٠) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٤ .

مَا يَتَقَارَبُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِمَا لَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِيهِمَا . وَهَذَا يُرَدُّهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « يَبِيعُوا
الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَيَبِيعُوا الْبُرَّ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَيَبِيعُوا
الشَّعِيرَ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » (٣١) . وَفِي لَفْظٍ : « إِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ
فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ (٣٢) . وَلَئِنَّهُمَا
جِنْسَانِ ، فَجَازَ التَّفَاضُلُ فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ تَبَاعَدَتْ مَنَافِعُهُمَا . وَلَا خِلَافَ فِي إِبَاحَةِ
التَّفَاضُلِ فِي الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ ، مَعَ تَقَارُبِ مَنَافِعِهِمَا . فَأَمَّا النِّسَاءُ ؛ فَكُلُّ جِنْسَيْنِ
يَجْرِي فِيهِمَا الرِّبَا بَعْلَةً وَاحِدَةً ، كَالْمَكِيلِ بِالْمَكِيلِ ، وَالْمَوْزُونِ بِالْمَوْزُونِ ،
وَالْمَطْعُومِ بِالْمَطْعُومِ ، عِنْدَ مَنْ يُعَلَّلُ بِهِ ، فَإِنَّهُ يَحْرُمُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ نِسَاءً ،
بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا
كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » . وَفِي لَفْظٍ : « لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ وَالْفِضَّةِ أَكْثَرُهُمَا
يَدًا بِيَدٍ ، وَأَمَّا نَسِيئَةٌ فَلَا ، وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْبُرِّ بِالشَّعِيرِ / وَالشَّعِيرِ أَكْثَرُهُمَا يَدًا بِيَدٍ ،
وَأَمَّا النَّسِيئَةُ فَلَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٣) . إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ الْعَوَظَيْنِ ثَمَنًا ، وَالْآخَرُ
مُثْمَنًا ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ النَّسَاءُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَرْخَصَ فِي السَّلَمِ ،
وَالْأَصْلُ فِي رَأْسِ الْمَالِ الدَّرَاهِمُ وَالْدَّنَانِيرُ ، فَلَوْ حُرِّمَ النَّسَاءُ هُنَا لَأَنسَدَ بَابُ السَّلَمِ
فِي الْمَوْزُونَاتِ فِي الْغَالِبِ . فَأَمَّا إِنْ اخْتَلَفَتْ عَلَيْهِمَا كَالْمَكِيلِ بِالْمَوْزُونِ ، مِثْلُ بَيْعِ
اللَّحْمِ بِالْبُرِّ ، فَفِيهِمَا رَوَائِتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَحْرُمُ النَّسَاءُ فِيهِمَا ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ
الْخَرَقِيُّ هُنَا ؛ لِأَنََّّهُمَا مَالَانِ مِنْ أَمْوَالِ الرِّبَا ، فَحُرِّمَ النَّسَاءُ فِيهِمَا ، كَالْمَكِيلِ
بِالْمَكِيلِ . وَالثَّانِيَةِ ، يَجُوزُ النَّسَاءُ فِيهِمَا . وَهُوَ قَوْلُ النَّحَّيْجِيِّ ؛ لِأَنََّّهُمَا لَمْ يَجْتَمِعَا فِي

و ١٦١/٤

(٣١) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤

(٣٢) أخرجه مسلم ، في : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم
١٢١١/٣ . وأبو داود ، في : باب في الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٣/٢ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٢٤/٣ .

(٣٣) في : باب في الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٢/٢ ، ٢٢٣ .

كما أخرجه النسائي ، في باب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٢/٧ .

أَحَدٍ وَصَفَى عِلَّةَ رَبِّهِ الْفَضْلَ ، فَجَازَ النِّسَاءُ فِيهِمَا ، كَالثِّيَابِ بِالْحَيَوَانِ .

فصل : وَإِذَا بَاعَ شَيْئًا مِنْ مَالِ الرَّبَا بِغَيْرِ جِنْسِيهِ ، وَعِلَّةُ رَبِّهِ الْفَضْلُ فِيهِمَا وَاحِدَةٌ ، لَمْ يَجْزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، فَإِنْ فَعَلَا بَطَلَ الْعَقْدُ ، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ فِيهِمَا كَغَيْرِ أَمْوَالِ الرَّبَا ، وَكَبَيْعِ ذَلِكَ بِأَحَدِ النَّقْدَيْنِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ ، مِثْلًا بِمِثْلٍ ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ ، يَدًا بِيَدٍ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٣٤) . وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » ^(٣٥) . وَرَوَى مَالِكُ بْنُ أَوْسٍ بْنُ الْحَدَثَانِ ، أَنَّهُ التَّمَسَّ صَرَفًا بِمِائَةِ دِينَارٍ . قَالَ : فِدَعَانِي طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدٍ اللَّهِ ^(٣٦) فَتَرَاوَضْنَا حَتَّى اصْطَرَفَ ^(٣٦) مِنِّي ، فَأَخَذَ الذَّهَبَ ^(٣٧) يُقَلِّبُهَا فِي يَدَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : حَتَّى يَأْتِيَ خَازِنِي مِنَ الْغَايَةِ . وَعَمْرُ يَسْمَعُ ذَلِكَ ، فَقَالَ : لَا وَاللَّهِ لَا تُفَارِقُهُ حَتَّى تَأْخُذَ مِنْهُ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ^(٣٨) ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣٩) . وَالْمُرَادُ

(٣٤) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٣٥) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة .

(٣٦ - ٣٦) في م : « فتراوَضنا حتى اضطرق » .

والمعنى : أى تساومنا حتى صرفها مني ذهباً .

(٣٧) سقط من : م . وفي الأصل : « جاءني » .

(٣٨) هاء وهاء : اسم فعل أمر بمعنى خذ . يقال : هاء درهما . أى خذ درهما .

(٣٩) أخرجه البخارى ، في : باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى

٨٩/٣ . ومسلم ، في : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم

١٢٠٩/٣ ، ١٢١٠ . وأبو داود ، في : باب في الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٢/٢ . والنسائي

في : باب بيع التمر بالتمر متفاضلاً ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٠/٧ . وابن ماجه ، في : باب صرف الذهب

بالورق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٩/٢ ، ٧٦٠ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في

الصرف ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٣٦/٢ ، ٦٣٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٤/١ ، ٣٥ ، ٤٥ .

به القَبْضُ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ ذَلِكَ فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ؛ وَلِهَذَا فَسَّرَهُ عُمَرُ بِهِ ،
وَلَأَنَّهُمَا مَالَانِ مِنْ أَمْوَالِ الرِّبَا عِلَّتُهُمَا وَاحِدَةٌ ، فَحُرْمُ التَّفَرُّقِ فِيهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ
كَالذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ . فَأَمَّا إِنْ اخْتَلَفَتْ عِلَّتُهُمَا ، كَالْمَكِيلِ بِالْمَوْزُونِ عِنْدَ مَنْ يُعَلِّلُ بِهِمَا ،
فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَجُوزُ / التَّفَرُّقُ فِيهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ رِوَايَةً وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّ عِلَّتَهُمَا
مُخْتَلِفَةٌ ، فَجَازَ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، كَالثَّمَنِ بِالْمُثْمَنِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، إِلَّا
أَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ عِنْدَهُ ذَلِكَ إِلَّا فِي بَيْعِ الْأَثْمَانِ بِغَيْرِهَا ، وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخِرَقِيِّ وَجُوبَ
التَّقَابُضِ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِقَوْلِهِ : « يَدًا بِيَدٍ » (٤٠) .

٧٠٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَا كَانَ مِمَّا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ فَجَائِزُ التَّفَاضُلِ فِيهِ
يَدًا بِيَدٍ ، وَلَا يَجُوزُ نَسِيئَةٌ)

اِخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ فِي تَحْرِيمِ النِّسَاءِ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، عَلَى أَرْبَعِ
رِوَايَاتٍ ؛ إِحْدَاهُنَّ ، لَا يَحْرُمُ النِّسَاءُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، سِوَا بَيْعِ بَجْنَسِهِ أَوْ بَغَيْرِهِ ،
مُتَسَاوِيًّا أَوْ مُتَفَاضِلًا ، إِلَّا عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّ الْعِلَّةَ الطَّعْمُ . فَيَحْرُمُ النِّسَاءُ فِي الْمَطْعُومِ ،
وَلَا يَحْرُمُ فِي غَيْرِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَاخْتَارَ الْقَاضِي هَذِهِ الرِّوَايَةَ ؛ لِمَا رَوَى
أَبُو دَاوُدَ (١) ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُجَهَّزَ جَيْشًا ،
فَتَفَدَّتِ الْإِبِلُ ، فَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ فِي قِلَاصٍ (٢) الصَّدَقَةِ ، فَكَانَ يَأْخُذُ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرَيْنِ
إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ (٣) . وَرَوَى سَعِيدٌ فِي سُنَنِهِ ، عَنْ أَبِي مَعْشَرٍ ، عَنْ صَالِحِ بْنِ
كَيْسَانَ ، عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ : أَنَّ عَلِيًّا بَاعَ بَعِيرًا لَهُ يُقَالُ لَهُ : عُصْفِيرٌ ، بِأَرْبَعَةِ أَعْرَةِ

(٤٠) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(١) في : باب في الرخصة في الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٥/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى
٢٨٧/٥ ، ٢٨٨ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٦٩/٣ .

(٢) قلاص : جمع قلوص ، وهي الشابة من الإبل .

(٣) بعد هذا في م : زيادة « رواه أبو داود » .

إلى أَجَلٍ . ولأنَّهُمَا مَا لَانَ لَا يَجْرِي فِيهِمَا رَبَا الْفَضْلِ ، فَجَازَ النِّسَاءُ فِيهِمَا كَالْعَرَضِ
بِالدَّيْنَارِ ، وَلَأنَّ النِّسَاءَ أَحَدُ تَوْعِي الرِّبَا ، فَلَمْ يَجْزُ فِي الْأَنْوَاعِ^(٤) كُلُّهَا ، كَالنُّوَاعِ
الْآخَرِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَحْرُمُ النِّسَاءُ فِي كُلِّ مَالٍ يَبِيعُ بِجِنْسِهِ ، كَالْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ ،
وَالثِّيَابِ بِالثِّيَابِ ، وَلَا يَحْرُمُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَمِمَّنْ كَرِهَ
بَيْعَ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نِسَاءَ ابْنِ الْحَنْفِيَّةِ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَيْرٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَعِكْرِمَةُ
ابْنُ خَالِدٍ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَالثَّوْرِيُّ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَمَّارٍ ، وَابْنِ عُمَرَ ؛ لِمَا رَوَى
سَمُرَةُ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيقَةً . قَالَ التِّرْمِذِيُّ^(٥) :
هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَلَأنَّ الْجِنْسَ أَحَدُ وَصَفَيْ عِلَّةِ رَبَا الْفَضْلِ ، فَحُرِّمَ
النِّسَاءُ ، كَالْكَيْلِ وَالْوَزْنِ . وَالثَّلَاثَةُ ، لَا يَحْرُمُ النِّسَاءُ إِلَّا فِيمَا يَبِيعُ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا ،
فَأَمَّا مَعَ التَّمَاثُلِ فَلَا ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْحَيَوَانُ
اِثْنَانِ^(٦) بَوَاحِدٍ لَا يَصْلُحُ / نِسَاءً ، وَلَا بَأْسَ بِهِ يَدًا بِيَدٍ » ، قَالَ التِّرْمِذِيُّ^(٧) : هَذَا
حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى ابْنُ عُثْمَانَ : أَنَّ رَجُلًا قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَرَأَيْتَ الرَّجُلَ
يَبِيعُ الْفَرَسَ بِالْأَفْرَاسِ وَالنَّجِيَّةَ بِالْإِبِلِ ؟ فَقَالَ : « لَا بَأْسَ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ » . مِنْ
الْمُسْنَدِ^(٨) . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى إِبَاحَةِ النِّسَاءِ مَعَ التَّمَاثُلِ بِمَفْهُومِهِ . وَالرَّابِعَةُ ، يَحْرُمُ
النِّسَاءُ فِي كُلِّ مَالٍ يَبِيعُ بِمَالٍ آخَرَ ، سَوَاءً كَانَ مِنْ جِنْسِهِ^(٩) أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ^(٩) . وَهَذَا

(٤) فِي م : « الْأَمْوَالُ » .

(٥) فِي : بَابُ مَا جَاءَ فِي كَرَاهِيَةِ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيقَةً ، مِنْ أَبْوَابِ الْبُيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٤٦/٥ .
كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيقَةً ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢٢٤/٢ .
وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيقَةً ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٥٧/٧ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي :
بَابِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيقَةً ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٧٦٣/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي النَّهْيِ
عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٠٤/٢ .

(٦) فِي النِّسْخِ : « اِثْنَيْنِ » . وَعِنْدَ ابْنِ مَاجَةَ : « لَا بَأْسَ بِالْحَيَوَانِ وَاحِدًا بِاِثْنَيْنِ يَدًا بِيَدٍ » .

(٧) فِي : بَابُ مَا جَاءَ فِي كَرَاهِيَةِ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيقَةً ، مِنْ أَبْوَابِ الْبُيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٤٧/٥ .
كَأَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيقَةً ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٧٦٣/٢ .

(٨) الْمُسْنَدُ ١٠٩/٢ .

(٩ - ٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الرَّوَايَةَ الثَّلَاثَةَ ؛ لِأَنَّهُ بَيَّعَ عَرَضَ بَعَرَضٍ ، فَحَرَّمَ النِّسَاءَ بَيْنَهُمَا كَالْجَنَسَيْنِ مِنْ أَمْوَالِ الرِّبَا ، قَالَ الْقَاضِي : فَعَلَى هَذَا لَوْ بَاعَ عَرَضًا بَعَرَضٍ ، وَمَعَ أَحَدَهُمَا دَرَاهِمُهُ ، الْعُرُوضُ نَقْدًا وَالدَّرَاهِمُ نَسِيئَةً^(١٠) ، جَازٌ ، وَإِنْ كَانَتِ الدَّرَاهِمُ نَقْدًا وَالْعُرُوضُ نَسِيئَةً ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى النِّسِيئَةِ فِي الْعُرُوضِ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ ضَعِيفَةٌ جَدًّا ؛ لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ حُكْمٍ يُخَالِفُ الْأَصْلَ بِغَيْرِ نَصٍّ وَلَا إِجْمَاعٍ وَلَا قِيَاسٍ صَحِيحٍ ، فَإِنَّ فِي الْمَحَلِّ الْمُجْمَعِ^(١١) عَلَيْهِ أَوِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ أَوْ صَافًا لَهَا أَثَرٌ فِي تَحْرِيمِ الْفَضْلِ ، فَلَا يَجُوزُ حَذْفُهَا عَنْ دَرَجَةِ الْاِغْتِبَارِ ، وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ لَا يَجُوزُ إِثْبَاتُ الْحُكْمِ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يُخَالَفْ أَصْلًا ، فَكَيْفَ يَثْبُتُ مَعَ مُخَالَفَةِ الْأَصْلِ فِي حِلِّ الْبَيْعِ ! وَأَصَحُّ الرَّوَايَاتِ هِيَ الْأُولَى ؛ لِمُوَافَقَتِهَا الْأَصْلَ . وَالْأَحَادِيثُ الْمُخَالَفَةُ لَهَا ، قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : لَيْسَ فِيهَا حَدِيثٌ يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ ، وَيُعْجِبُنِي أَنْ يَتَوَقَّاهُ . وَذَكَرَ لَهُ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ عُمَرَ فِي هَذَا ، فَقَالَ : هُمَا مُرْسَلَانِ . وَحَدِيثُ سَمُرَةَ يَرْوِيهِ الْحَسَنُ عَنْ سَمُرَةَ^(١٢) ، قَالَ الْأَثَرُمُ ، قَالَ^(١٣) أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : لَا يَصِحُّ سَمَاعُ الْحَسَنِ مِنْ سَمُرَةَ . وَحَدِيثُ جَابِرٍ ، قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : هَذَا حَجَّاجٌ زَادَ فِيهِ : « نِسَاءً » ، وَلَيْثُ بْنُ سَعْدٍ سَمِعَهُ مِنْ أَبِي الزُّبَيْرِ ، وَلَا يَذْكُرُ فِيهِ : « نِسَاءً » ، وَحَجَّاجٌ هَذَا هُوَ حَجَّاجُ بْنُ أَرْطَاةَ ، قَالَ يَعْقُوبُ بْنُ شَيْبَةَ : هُوَ وَاهِي الْحَدِيثِ ، وَهُوَ صَدُوقٌ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الْمَبِيعَيْنِ مِمَّا لَا رِبَا فِيهِ ، وَالْآخَرُ فِيهِ رَبًّا كَالْمَكِيلِ بِالْمَعْدُودِ ، فَفِيهِمَا^(١٤) رَوَايَتَانِ ، إِحْدَاهُمَا : يَحْرُمُ النِّسَاءُ فِيهِمَا . وَالثَّانِيَةُ : لَا يَحْرُمُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ مَعْدُودًا بِمَعْدُودٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في الأصل : « المجتمع » .

(١٢) بعد هذا الموضع في الأصل زيادة : « قال » .

(١٣) في الأصل : « وقال » .

(١٤) في م : « ففیه » .

٧٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُبَاعُ شَيْءٌ مِنَ الرُّطْبِ يَبِيسٌ مِنْ جِنْسِهِ إِلَّا
العَرَايَا)

أَرَادَ الرُّطْبَ مِمَّا يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا ، كَالرُّطْبِ بِالتَّمْرِ ، وَالْعَنْبِ بِالزَّرْبِيبِ ، وَاللِّبَنِ
بِالْجُبْنِ ، وَالْحِنْطَةِ الْمَبْلُولَةِ أَوْ الرُّطْبَةِ بَالْيَابِسَةِ ، أَوْ الْمَقْلِيَّةِ بِالنِّيَّةِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ . وَبِهِ
قَالَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، / وَاللَّيْثُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، ١٦٢/٤ ظ
وإِسْحَاقُ ، وَأَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : جُمُهورُ عُلَمَاءِ الْمُسْلِمِينَ
عَلَى أَنَّ بَيْعَ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ لَا يَجُوزُ بِحَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ ذَلِكَ ؛
لأنَّهُ لَا يَحْلُو ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ جِنْسِهِ ، فَيَجُوزُ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « التَّمْرُ بِالتَّمْرِ
مِثْلًا بِمِثْلٍ » ^(١) . أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، فَيَجُوزُ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ
هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَيَبِعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » ^(٢) . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا تَبِيعُوا التَّمَرَ
بِالتَّمْرِ » ^(٣) . وَفِي لَفْظٍ ، نَهَى عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ ، وَرَخَّصَ فِي الْعَرِيَّةِ أَنْ تُبَاعَ
بِخَرَصِهَا يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطْبًا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَعَنْ سَعْدٍ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ
بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ فَقَالَ : « أَيَنْقُصُ الرُّطْبُ إِذَا يَبِسَ » قَالُوا : نَعَمْ . فَنَهَى عَنْ ذَلِكَ .
رَوَاهُ مَالِكٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَالأَثَرُمُ ، وَابْنُ مَاجَهَ ^(٥) . وَلَفْظُ رِوَايَةِ الْأَثَرُمِ ، قَالَ :

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٦٢ .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب بيع المزابنة ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٨/٣ . ومسلم ،
في : باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٨/٣ .
والنسائي ، في : باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣١/٧ .

(٤) أخرجه البخاري ، في باب المزابنة ... ، وباب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب والفضة ، من كتاب
البيوع ، وباب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ٩٩/٣ ،
١٥٠ . ومسلم ، في : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٩/٣ .
وأبو داود ، في : باب في بيع العرايا ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٦/٢ . والنسائي ، في : باب بيع
العرايا بخرصها تمرا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٥/٧ . وابن ماجه ، في : باب بيع العرايا بخرصها تمرا ،
من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٩٠/٥ ، ٣٦٤ .

(٥) أخرجه مالك ، في : باب ما يكره من بيع الثمر ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٢٤/٢ . وأبو داود ، في : =

« فَلَا إِذْنَ » . نَهَى وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ يَنْقُصُ إِذَا يَبَسَ . وَرَوَى مَالِكٌ ^(٦) ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُرَابَنَةِ . وَالْمُرَابَنَةُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ كَيْلًا ، وَبَيْعُ الْعَنْبِ بِالزَّرْبِ كَيْلًا ؛ وَلَأنَّهُ جِنْسٌ فِيهِ الرُّبَا بَيْعَ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ عَلَى وَجْهِ يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالتَّقْصَانِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَبَيْعِ الْمُقْلِيَّةِ بِالنَّيَّةِ ، وَلَا يَلْزَمُ الْحَدِيثُ بِالْعَتِيقِ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ يَسِيرٌ . قَالَ الْخَطَّابِيُّ ^(٧) : وَقَدْ تَكَلَّمَ بَعْضُ النَّاسِ فِي إِسْنَادِ حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ فِي بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ . وَقَالَ : زَيْدُ أَبُو عِيَّاشٍ رَاوِيهِ ضَعِيفٌ . وَلَيْسَ الْأَمْرُ عَلَى مَا تَوَهَّمَهُ ، وَأَبُو عِيَّاشٍ مَوْلَى بَنِي زُهْرَةَ مَعْرُوفٌ ، وَقَدْ ذَكَرَهُ مَالِكٌ فِي « الْمُوطَأِ » ، وَهُوَ لَا يَرَوِي عَنْ مَتْرُوكِ الْحَدِيثِ .

فصل : فَأَمَّا بَيْعُ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ ، وَالْعَنْبِ بِالْعَنْبِ ، وَنَحْوَهُ مِنَ الرُّطْبِ بِمِثْلِهِ ، فَيَجُوزُ مَعَ التَّمَاثُلِ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَمَنْعَ مِنْهُ الشَّافِعِيُّ فِيمَا يَبَسُ . أَمَّا مَا لَا يَبَسُ كَالْقَثَاءِ ، وَالْخِيَارِ ، وَنَحْوِهِ ، فَعَلَى قَوْلَيْنِ ؛ لِأنَّهُ لَا يُعْلَمُ تَسَاوِيُهُمَا حَالَةَ الْأَدْحَارِ ، فَأُشْبِهَ الرُّطْبَ ^(٨) بِالتَّمْرِ . وَذَهَبَ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ مِنْ أَصْحَابِنَا إِلَى هَذَا ، وَحَمَلَ كَلَامَ الْخَرَقِيِّ عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِهِ فِي اللَّحْمِ : لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ رَطْبًا ،

= باب في التمر بالتمر ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٥/٢ . وابن ماجه ، في : باب بيع الرطب بالتمر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦١/٢ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذی ٢٣٣/٥ . والنسائي ، في : باب اشتراء التمر بالرطب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٦/٧ .

(٦) في : باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٢٤/٢ ، ٦٢٥ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام ، وباب بيع المزابنة ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٦/٣ ، ٩٨ . ومسلم ، في : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٧١/٣ . والنسائي ، في : باب بيع الكرم بالزبيب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٤/٧ . وابن ماجه ، في : باب المزابنة والمحاقلة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧/٢ ، ١٦ ، ٦٣ ، ١٠٨ .

(٧) في معالم السنن ٧٨/٣ .

(٨) في م : « بالحطب » .

وَيَجُوزُ إِذَا تَنَاهَى جَفَافُهُ مِثْلًا بِمِثْلٍ . وَمَفْهُومُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ هُنَا : إِبَاحَةُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَفْهُومَ نَهْيِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ إِبَاحَةٌ بِبَيْعِ كُلِّ وَاحِدٍ / مِنْهُمَا بِمِثْلِهِ ، وَلِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي الْحَالِ عَلَى وَجْهِ لَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالتَّقْصَانِ ، فَجَازَ ، كَبَيْعِ اللَّبَنِ بِاللَّبَنِ ، وَالتَّمْرِ بِالتَّمْرِ ، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٩) عَامٌّ خَرَجَ مِنْهُ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ بَيْعُ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ ، وَلَيْسَ هَذَا فِي مَعْنَاهُ ، فَبَقِيَ عَلَى الْعُمُومِ ، وَمَا ذَكَرَهُ لَا يَصِحُّ ، فَإِنَّ التَّفَاوُتَ كَثِيرٌ ، وَيَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالتَّقْصَانِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْحَدِيثِ بِالْعَتِيقِ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي ذَلِكَ يَسِيرٌ ، وَلَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ ، فَعَفِيَ ^(١٠) عَنْهُ .

٧٠٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُبَاعُ مَا أَصْلُهُ الْكِيلُ بِشَيْءٍ مِنْ جِنْسِهِ وَزَنًا ، وَلَا مَا أَصْلُهُ الْوَزْنُ كَيْلًا)

لَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي وَجُوبِ الْمُمِثَالَةِ فِي بَيْعِ الْأَمْوَالِ الَّتِي يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ فِيهَا ، وَأَنَّ الْمُسَاوَاةَ الْمَرْعِيَّةَ هِيَ الْمُسَاوَاةُ فِي الْمَكِيلِ كَيْلًا وَفِي الْمَوْزُونِ وَزَنًا ، وَمَتَى تَحَقَّقَتْ هَذِهِ الْمُسَاوَاةُ ، لَمْ يَضُرَّ اخْتِلَافُهُمَا فِيمَا سِوَاهَا . وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ، وَإِنْ تَسَاوَيَا فِي غَيْرِهَا ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَجُمْهُورِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، لَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُمْ إِلَّا مَالِكًا ، قَالَ : يَجُوزُ بَيْعُ الْمَوْزُونَاتِ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ جُزْأً . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزَنًا بِوَزْنٍ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَزَنًا بِوَزْنٍ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ كَيْلًا بِكَيْلٍ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ كَيْلًا بِكَيْلٍ » . رَوَاهُ الْأَثَرُ ^(١) فِي حَدِيثِ عُبَادَةَ ، وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) ، وَلَفْظُهُ : « الْبُرُّ بِالْبُرِّ مُدًى ^(٣) »

(٩) سورة البقرة ٢٧٥ .

(١٠) في م : « فِعْفَى » .

(١) وأخرجه البيهقي ، في : باب اعتبار التماثل فيما كان موزونا على عهد النبي ﷺ ... ، كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٩١/٥ .

(٢) في : باب الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٣/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٢/٧ ، ٢٤٣ .

(٣) المدى ؛ بضم الميم وسكون الدال : مكيال يسع تسعة عشر صاعا .

بِمُدِّي ، والشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ مُدِّي بِمُدِّي ، والمِلْحُ بِالمِلْحِ مُدِّي بِمُدِّي ، فمن زَادَ
أَوْ أَزْدَادَ فَقَدْ أَرَبَى . فَأَمَرَ بِالمُساوَاةِ فِي المَوْزُونَاتِ المَذْكُورَةِ فِي الوِزْنِ ، كَمَا أَمَرَ
بِالمُساوَاةِ^(٤) فِي المَكِيلَاتِ فِي الكَيْلِ ، وَمَا عَدَا الذَّهَبَ وَالفِضَّةَ مِنَ المَوْزُونَاتِ
مَقِيسٌ عَلَيْهِمَا وَمُشَبَّهٌ بِهِمَا ؛ وَلأنَّهُ جِنْسٌ يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا ، فَلَمْ يَجْزُ يَبْعُ بَعْضُهُ بَعْضُ
جُزْأًا كَالْمَكِيلِ ، وَلأنَّهُ مَوْزُونٌ مِنْ أَمْوَالِ الرِّبَا ، فَأُشْبِهَ الذَّهَبَ وَالفِضَّةَ ، وَلأنَّ
حَقِيقَةَ الفَضْلِ مُبْطِلَةٌ لِلْبَيْعِ ، وَلَا تَعْلَمُ عَدَمَ ذَلِكَ إِلَّا بِالْوِزْنِ ، فَوَجَبَ ذَلِكَ ، كَمَا فِي
المَكِيلِ وَالْأَثْمَانِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ المَكِيلِ بِالمَكِيلِ وَزَنًا ، وَلَا
بَيْعُ المَوْزُونِ بِالمَوْزُونِ كَيْلًا ؛ لِأَنَّ التَّمَاثُلَ فِي الكَيْلِ مُشْتَرِطٌ فِي المَكِيلِ ، وَفِي الوِزْنِ
فِي المَوْزُونِ ، فَمَتَى بَاعَ رَطْلًا مِنَ المَكِيلِ بِرَطْلٍ حَصَلَ فِي الرُّطْلِ مِنَ الخَفِيفِ أَكْثَرُ
مِمَّا يَحْصُلُ مِنَ الثَّقِيلِ ، فَيَخْتَلِفَانِ فِي الكَيْلِ ، وَإِنْ لَمْ / يَعْلَمْ الفَضْلُ ، لَكِنْ يَجْهَلُ
التَّسَاوِيَّ ، فَلَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ بَاعَ بَعْضُهُ بَعْضُ جُزْأًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَ المَوْزُونُ
بِالمَوْزُونِ بِالكَيْلِ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّمَاثُلُ فِي الوِزْنِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي المَكِيلِ .

١٦٣/٤ ظ

فصل : وَلَوْ بَاعَ بَعْضُهُ بَعْضُ جُزْأًا ، أَوْ كَانَ جُزْأًا مِنْ أَحَدِ الطَّرْفَيْنِ ، لَمْ يَجْزُ .
قَالَ ابْنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ إِذَا كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ ؛
وَذَلِكَ لِمَا رَوَى مُسْلِمٌ^(٥) ، عَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الصَّبْرَةِ
مِنَ التَّمْرِ ، لَا يُعْلَمُ مَكِيلُهَا ، بِالكَيْلِ المُسَمَّى مِنَ التَّمْرِ . وَفِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :
« الذَّهَبُ بِالدَّهَبِ وَزَنًا يَوْزَنُ »^(٦) إِلَى تَمَامِ الْحَدِيثِ ، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ
إِلَّا كَذَلِكَ ، وَلأنَّ التَّمَاثُلَ شَرْطٌ ، وَالْجَهْلُ بِهِ يُبْطِلُ البَيْعَ ، كَحَقِيقَةِ التَّفَاضُلِ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فِي : بَابِ تَحْرِيمِ بَيْعِ صَبْرَةِ التَّمْرِ المَجْهُولَةِ الْقَدْرِ بِالتَّمْرِ ، مِنْ كِتَابِ البَيُوعِ . صحيح مسلم ١١٦٢/٣ ، ١١٦٣ .
وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الصَّبْرَةِ مِنَ التَّمْرِ لَا يَعْلَمُ مَكِيلُهَا بِالكَيْلِ المُسَمَّى مِنَ التَّمْرِ ، مِنْ كِتَابِ البَيُوعِ . المجتبى
٢٣٧/٧ .

(٦) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة .

فصل : وما لا يُشترطُ التَّمَاثُلُ فيه كالْجِنْسَيْنِ ، وما لارِبًا فيه ، يجوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ كَيْلًا وَوزنًا وَجُزْأًا ، وهذا ظاهرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ؛ لِتَخْصِيصِهِ مَا يُكَالُ بِمَنْعِ بَيْعِهِ بِشَيْءٍ مِنْ جِنْسِهِ وَوزنًا ، وما يُوزَنُ بِمَنْعِ بَيْعِهِ مِنْ جِنْسِهِ كَيْلًا . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ بَيْعَ الصُّبْرَةِ مِنَ الطَّعَامِ بِالصُّبْرَةِ ، لَا يُدْرَى كَمْ كَيْلُ هَذِهِ ، وَلَا كَيْلُ هَذِهِ ، مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ ، غَيْرُ جَائِزٍ ، وَلَا بَأْسَ بِهِ مِنْ صِنْفَيْنِ ؛ اسْتِدْلَالًا بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « فَإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ »^(٧) . وَذَهَبَ جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا إِلَى مَنْعِ بَيْعِ الْمَكِيلِ بِالْمَكِيلِ جُزْأً ، وَبَيْعِ الْمَوْزُونِ بِالْمَوْزُونِ جُزْأً . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ : أَكْرَهُ ذَلِكَ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا خَيْرَ فِيمَا يُكَالُ بِمَا يُكَالُ جُزْأً ، وَلَا فِيمَا يُوزَنُ بِمَا يُوزَنُ جُزْأً ، اتَّفَقَتِ الْأَجْنَاسُ أَوْ اخْتَلَفَتْ ، وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْمَكِيلِ بِالْمَوْزُونِ جُزْأً ، وَقَالَ ذَلِكَ الْقَاضِي وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ مُجَازَفَةً^(٨) . وَلِأَنَّهُ بَيْعُ مَكِيلٍ بِمَكِيلٍ ، أَشْبَهَ الْجِنْسَ الْوَاحِدَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ »^(٩) . وَلِأَنَّ قَوْلَ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(١٠) . عَامٌّ خَصَّصْنَاهُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ الَّذِي يَجِبُ التَّمَاثُلُ فِيهِ ، فَفِيمَا / عَدَاهُ يَجِبُ الْبَقَاءُ عَلَى الْعُمومِ ، وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِيهِ ، فَجَازَ جُزْأً مِنَ الطَّرَفَيْنِ كَالْمَكِيلِ بِالْمَوْزُونِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ حَقِيقَةُ الْفَضْلِ لَا يَمْنَعُ ، فَاحْتِمَالُهُ أَوْلَى أَنْ لَا يَكُونَ مَانِعًا ، وَحَدِيثُهُمْ أَرَادَ بِهِ الْجِنْسَ الْوَاحِدَ ؛ وَلِهَذَا جَاءَ فِي بَعْضِ الْفَاضِلَةِ : نَهَى أَنْ تُبَاعَ الصُّبْرَةُ لَا يُعْلَمُ مَكِيلُهَا

١٦٤/٤ و

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٦٢ .

(٨) أخرجه النسائي ، في : باب بيع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٧/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب المجازفة ، من كتاب البيوع . مصنف عبد الرزاق ١٣١/٨ .

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٦٢ .

(١٠) سورة البقرة ٢٧٥ .

من التَّمْرِ ، بالصَّبْرَةِ لا يُعْلَمُ مَكِيلُهَا من التَّمْرِ^(١١) . ثم هو مخصوصٌ بالمَكِيلِ والمَوْزُونِ ، فَتَقْيَسُ عَلَيْهِ مَحَلَّ التَّزَاعِ ، وما ذَكَرَ من القِيَّاسِ غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ المَكِيلَ من جنسٍ واحدٍ ، يَجِبُ التَّمَاتُّلُ فيه ، فَمُنْعٌ من بَيْعِهِ مُجَازَفَةٌ ؛ لِفَوَاتِ المُمَاتِلَةِ المَشْرُوطَةِ ، وفي الجِنْسَيْنِ لا يُشْتَرَطُ التَّمَاتُّلُ ، ولا يُمنَعُ حَقِيقَةُ التَّفَاضُلِ ، فاحْتِمَالُهُ أَوْلَى أن لا يَكُونَ مانِعًا .

فصل : ولو قال : بِعْتُكَ هذه الصَّبْرَةَ بهذه الصَّبْرَةِ . وهما من جنسٍ واحدٍ ، ولا يَعْلَمَانِ كَيْلَهُمَا ، لم^(١٢) يَصَحَّ ؛ لما ذَكَرْنَا . وإن عَلِمَا كَيْلَهُمَا وتَسَاوَيْهُمَا ، صَحَّ البَيْعُ ؛ لَوْجُودِ التَّمَاتُّلِ المُشْتَرَطِ . وإن قال : بِعْتُكَ هذه الصَّبْرَةَ بهذه الصَّبْرَةِ ، مِثْلًا بِمِثْلٍ . فَكَيْلَتَا فَكَانَتَا سَوَاءً ، صَحَّ البَيْعُ ، وإلَّا فلا . وإن باع صَبْرَةً بِصَبْرَةٍ من غيرِ جنسِهَا ، صَحَّ عِنْدَ مَنْ يُجَوِّزُ بَيْعَ المَكِيلِ بالمَكِيلِ جُزْأً . وإن قال : بِعْتُكَ هذه الصَّبْرَةَ بِهَذِهِ ، مِثْلًا بِمِثْلٍ . فَكَيْلَتَا فَكَانَتَا سَوَاءً ، صَحَّ البَيْعُ ، وإن زَادَتْ إِحْدَاهُمَا فَرَضِيَّ صَاحِبِ النَّاقِصَةِ بِهَا مع تَقْصِيفِهَا ، أَوْ رَضِيَ صَاحِبُ الزَّائِدَةِ بِرَدِّ الْفَضْلِ عَلَى صَاحِبِهَا ، جَازَ ، وإن اِمْتَنَعَ فِسْخُ البَيْعِ بَيْنَهُمَا . ذَكَرَ هذا الْفَصْلُ^(١٣) الْقَاضِي ، وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَيَجُوزُ قَسْمُ المَكِيلِ وَزَنًا ، وَقَسْمُ المَوْزُونِ كَيْلًا ، وَقَسْمُ الثَّمَارِ خَرْصًا ، وَقَسْمُ مَا لا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ إِفْرَازُ حَقٍّ ، وَلَيْسَتْ بَيْعًا . وَثِقَلُ عَنِ ابْنِ بَطَّةَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا بَيْعٌ ، فَيُثْبِتُ فِيهَا أَحْكَامُ البَيْعِ ، وَيُمنَعُ فِيهَا مَا ذَكَرْنَاهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ من ذَلِكَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا تَعَيَّنَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقٌّ ، فَقَدْ اشْتَرَى نَصِيبَ شَرِيكِهِ مِمَّا تَعَيَّنَ لَهُ بِنَصِيبِهِ فِيمَا تَعَيَّنَ لِشَرِيكِهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا إِفْرَازُ حَقٍّ ؛ بِدَلِيلِ اعْتِبَارِ تَعْدِيلِ / السَّهَامِ ،

ظ ١٦٤/٤

(١١) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الصَّبْرَةِ مِنَ الطَّعَامِ بِالصَّبْرَةِ مِنَ الطَّعَامِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى . ٢٣٧/٧ .

(١٢) فِي م : « لَا » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَدُخُولُ^(١٤) الْقُرْعَةِ فِيهَا ، وَلُزُومُهَا بِهَا ، وَالْإِجْبَارُ عَلَيْهَا ، وَأَنَّهَا لَا تَقْتَرُ إِلَى لَفْظِ بَيْعٍ وَلَا تَمْلِكُ ، وَلَا يَدْخُلُهَا خِيَارٌ ، وَلَا تَجُوزُ إِلَّا بِقَدْرِ الْحَقِّينِ ، وَلَا يَثْبُتُ فِيهَا شَفْعَةٌ ، وَتَخْتَصُّ بِاسْمٍ . وَتَعَايُرُ الْأَحْكَامِ وَالْأَسْمَاءِ دَلِيلٌ عَلَى اخْتِلَافِهِمَا . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ : قَسَمَتِ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ الْغَنَائِمَ بِالْحَجَفِ^(١٥) . وَذَلِكَ كَيْلُ الْأَثْمَانِ بِمَحْضَرٍ مِنْ جَمَاعَةٍ كَثِيرَةٍ مِنْهُمْ ، وَانْتَشَرَ فِي بَقِيَّتِهِمْ فَلَمْ يُنْكَرْ ، فَصَارَ إجماعًا عَلَى مَا قُلْنَاهُ .

فصل : فِي مَعْرِفَةِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، وَالْمَرْجِعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ بِالْحِجَازِ فِي عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ : أَنَّ الْاِعْتِبَارَ فِي كُلِّ بَلَدٍ بِعَادَتِهِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمَرَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ الْمَدِينَةِ ، وَالْمِيزَانُ مِيزَانُ مَكَّةَ »^(١٦) . وَالنَّبِيُّ ﷺ إِنَّمَا يُحْمَلُ كَلَامُهُ عَلَى بَيَانِ الْأَحْكَامِ ؛ لِأَنَّهُ مَا كَانَ مَكِيلًا بِالْحِجَازِ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، انْصَرَفَ التَّحْرِيمُ فِي تَفَاضُلِ الْكَيْلِ إِلَيْهِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَغَيَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَهَكَذَا الْمَوْزُونُ ، وَمَا لَا عُرْفَ لَهُ بِالْحِجَازِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُرَدُّ إِلَى أَقْرَبِ الْأَشْيَاءِ شَبَهِهَا بِهِ بِالْحِجَازِ ، كَمَا أَنَّ الْحَوَادِثَ تُرَدُّ إِلَى أَشْيَهِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ بِهَا ، وَهُوَ الْقِيَاسُ . وَالثَّانِي ، يُعْتَبَرُ عُرْفُهُ فِي مَوْضِعِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِي الشَّرْعِ حَدٌّ كَانَ الْمَرْجِعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ ، كَالْقَبْضِ ، وَالْإِخْرَازِ^(١٧) ، وَالتَّفَرُّقِ ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَعَلَى هَذَا إِنْ اخْتَلَفَتِ الْبِلَادُ ، فَلَا عِتْبَارَ بِالْغَالِبِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ غَالِبٌ بَطَلَ هَذَا الْوَجْهُ ، وَتَعَيَّنَ الْأَوَّلُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، فَالْبُرُّ ، وَالشَّعِيرُ مَكِيلَانِ

(١٤) فِي م : « وَدُخُولُهُ » .

(١٥) الْحَجَفُ : التُّرُوسُ وَالصَّدُورُ مِنْ جُلُودِ بِلَا خَشَبٍ وَلَا عَقَبٍ وَوَأَحَدُهَا حَجْفَةٌ .

(١٦) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ الْمَدِينَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٢٠/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ كَيْلِ الصَّاعِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ ، وَبَابِ الرَّجْحَانِ فِي الْوِزْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٤٠/٥ ، ٢٥٠/٧ .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « الْحَرْزُ » .

مَنْصُوصٌ عَلَيْهِمَا بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبُرُّ بِالْبُرِّ كَيْلًا بِكَيْلٍ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ كَيْلًا بِكَيْلٍ »^(١٨) . وكذلك سائر الحبوب ، والأبازير ، والأشنان ، والجِص ، والثورة ، وما أشبهها . والتَّمْرُ مَكِيلٌ ، وهو من المَنْصُوصِ عليه ، وكذلك سائر تَمْرِ النَّخْلِ مِنَ الرُّطَبِ والبُسْرِ وغيرهما ، وسائر ما تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ مِنَ الثَّمَارِ ، مثل الزَّيْبِ ، والفُسْتِقِ ، والبُنْدُقِ ، والعُنَابِ ، والمِشْمَشِ ، والبُطْمِ^(١٩) ، والزَّيْتُونِ ، واللَّوْزِ . والمِلْحُ مَكِيلٌ ، / وهو من المَنْصُوصِ عليه بقوله عليه السَّلَامُ : « الْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مُدًى بِمُدًى »^(٢٠) . وَالذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ مَوْزُونَانِ . ثَبَتَ ذَلِكَ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزَنًا بِوَزْنٍ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَزَنًا بِوَزْنٍ »^(٢١) . وكذلك ما أَشْبَهَهُمَا مِنْ جَوَاهِرِ الْأَرْضِ كَالْحَدِيدِ ، وَالتُّحَاسِ ، وَالصُّفْرِ ، وَالرَّصَاصِ ، وَالزُّجَاجِ ، وَالزُّبُقِ . وَمِنْهُ الْإِبْرِيْسَمُ^(٢٢) ، وَالْقُطْنُ ، وَالكِتَانُ ، وَالصُّوفُ ، وَغَزْلُ ذَلِكَ ، وَمَا أَشْبَهَهُ . وَمِنْهُ الْخُبْزُ ، وَاللَّحْمُ ، وَالشَّحْمُ ، وَالْجُبْنُ ، وَالزَّبْدُ ، وَالشَّمْعُ ، وَمَا أَشْبَهَهُ ، وَكَذَلِكَ الرَّغَفَرَانُ ، وَالْعُصْفَرُ ، وَالْوَرْسُ ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ .

فصل : والدَّقِيقُ وَالسَّوِيْقُ مَكِيلَانِ ؛ لِأَنَّ أَصْلَهُمَا مَكِيلٌ ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يَنْقُلُهُمَا عَنْهُ ، وَلِأَنَّهُمَا يُشْبِهَانِ مَا يُكَالُ ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الدَّقِيقِ ، أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ بِالْوَزْنِ ، وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ أَصْلُهُ مَكِيلًا وَهُوَ مَوْزُونٌ ، كَالْخُبْزِ . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ يُقَدَّرُ بِالصَّاعِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يُخْرَجُ فِي الْفِطْرَةِ صَاعٌ مِنْ دَقِيقٍ ، وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ . وَالصَّاعُ إِنَّمَا يُقَدَّرُ بِهِ الْمَكِيلَاتُ ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ الْأَقْطُ مَكِيلًا ؛ لِأَنَّهُ فِي حَدِيثِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ : صَاعٌ مِنْ أَقْطٍ^(٢٣) .

(١٨) تقدم تخريجه في صفحة ٦٩ .

(١٩) البطم : شجرة الحبة الخضراء ، من الفصيلة الفستقية ، ثمرها حسكة مفلطة خضراء ، تؤكل ببلاد الشام .

(٢٠) تقدم تخريجه في صفحة ٦٩ .

(٢١) تقدم تخريجه في صفحة ٦٩ .

(٢٢) الإبريسم : الحرير .

(٢٣) تقدم تخريج الحديث في : ٢٨٢ / ٤ .

فصل : فأما اللبن ، وغيره من المائعات ، كالأدهان من الزيت ، والشيرج^(٢٤) ، والعسل ، والخل ، والدبس^(٢٥) ، ونحو ذلك ، فالظاهر أنها مكيلة . قال القاضي في الأدهان : هي مكيلة . وفي اللبن : يصح السلم فيه كيلاً . وقال أصحاب الشافعي : لا يباع اللبن بعبءه ببعض إلا كيلاً . وقد روى عن أحمد ، أنه سئل عن السلم في اللبن ؟ فقال : نعم كيلاً ، أو وزناً . وذلك لأن الماء مُقَدَّر بالصاع ، ولذلك كان النبي ﷺ يتوضأ بالمُد ، ويعتسل بالصاع^(٢٦) ، ويعتسل هو وبعض نسائه من الفرق . وهذه مكايل قُدِّرَ بها الماء ، وكذلك سائر المائعات . وروى عن النبي ﷺ ، أنه نهى عن بيع ما في ضروع الأنعام إلا بالكيل . رواه ابن ماجه^(٢٧) . وأما غير المكيل ، والموزون ، فما لم يكن له أصل بالحجاز في كيل ولا وزن ، ولا يُشبهه^(٢٨) ما جرى فيه العرف بذلك ، كالثياب ، والحيوان ، والمعدودات من الجوز ، والبيض ، والرمان ، / والقثاء ، والخيار ، وسائر الخضراوات ، والبقول ، ١٦٥/٤ ظ والسفرجل ، والتفاح ، والكمثرى ، والحوخ^(٢٩) ، ونحوها ، فهذه المعدودات إذا اعتبرنا التماثل فيها ، فإنه يُعتبر التماثل في الوزن ؛ لأنه أخصر . ذكره القاضي في الفواكه الرطبة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والآخر ، قالوا : يُعتبر ما أمكن كيله بالكيل^(٣٠) ؛ لأن^(٣١) الأصل الأعيان الأربعة ، وهي مكيلة ، ومن شأن الفرع أن يُردَّ إلى أصله بحكمه ، والأصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل ،

(٢٤) الشيرج : زيت السمسم .

(٢٥) الدبس : عسل التمر .

(٢٦) انظر ما تقدم في : ٢٩٦/١ ، ٢٩٧ .

(٢٧) في : باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص ، من كتاب التجارات . سنن

ابن ماجه ٧٤٠/٢ .

(٢٨) في الأصل : « يشبهه » .

(٢٩) سقط من : م .

(٣٠) سقط من : « الأصل » .

(٣١) في م : « ولأن » .

فكذلك يكونُ حُكْمُ فروعِها . ولنا ، أنَّ الوزْنَ أُخْصِرُ ، فَوَجَبَ اغْتِبَارُهُ فِي غَيْرِ
الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، كَالَّذِي لَا يُمَكِّنُ كَيْلُهُ ، وَإِنَّمَا اغْتَبِرَ الْكَيْلُ فِي الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ؛
لأنَّهُ يُقَدَّرُ بِهِ فِي الْعَادَةِ ، وَهَذَا بِخِلَافِهِ .

٧٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَالتَّمُورُ كُلُّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ^(١)) ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ
أَنْوَاعُهَا)

الْجِنْسُ : هُوَ الشَّامِلُ لِأَشْيَاءٍ مُخْتَلِفَةٍ بِأَنْوَاعِهَا . وَالنَّوْعُ : الشَّامِلُ لِأَشْيَاءٍ مُخْتَلِفَةٍ
بِأَشْخَاصِهَا . وَقَدْ يَكُونُ النَّوْعُ جِنْسًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا تَحْتَهُ ، نَوْعًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا فَوْقَهُ ،
وَالْمُرَادُ هُنَا ؛ الْجِنْسُ الْأَخْصُ ، وَالنَّوْعُ الْأَخْصُ . فَكُلُّ نَوْعَيْنِ اجْتَمَعَا فِي اسْمٍ
خَاصٍّ ، فَهُمَا جِنْسٌ ، كَأَنْوَاعِ التَّمْرِ ، وَأَنْوَاعِ الْحِنْطَةِ . فَالتَّمُورُ كُلُّهَا جِنْسٌ
وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّ الْأِسْمَ الْخَاصَّ يَجْمَعُهَا ، وَهُوَ التَّمْرُ ، وَإِنْ كَثُرَتْ أَنْوَاعُهُ ،
كَالْبَرْنِيِّ^(٢) ، وَالْمَعْقِلِيِّ^(٣) ، وَالْإِبْرَاهِيمِيِّ ، وَالْخَاسْتَوِيِّ^(٤) ، وَغَيْرِهَا . وَكُلُّ شَيْئَيْنِ
اتَّفَقَا فِي الْجِنْسِ ثَبَّتَ فِيهِمَا حُكْمُ الشَّرْعِ بِتَحْرِيمِ التَّفَاضُلِ ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ الْأَنْوَاعُ ؛
لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « التَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، (وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ مِثْلًا بِمِثْلٍ)^(٥) » .
الْحَدِيثُ بِتَمَامِهِ^(٦) . فَاعْتَبَرَ الْمُسَاوَاةَ فِي جِنْسِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ ، وَالْبُرِّ بِالْبُرِّ ، ثُمَّ قَالَ :
« فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ »^(٧) . وَفِي لَفْظٍ : «^(٨) فَإِذَا
اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » . وَفِي لَفْظٍ^(٩) : « إِلَّا مَا اخْتَلَفَتْ أَلْوَانُهُ » .

(١) سقط من : م .

(٢) البرني : نوع جيد من التمر ، مدور أحمر مشرب بصفرة .

(٣) في النسخ : « المعقلي » تحريف . والمعقلي نسبة إلى معقل بن يسار . انظر اللسان (ع ق ل) .

(٤) لم نعرفه .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٦٢ .

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

ولا خلاف بين أهل العلم عِلْمُهُ في وجوب المُساواة في التَّمَرِ بالتَّمَرِ ، وسائر ما ذَكَرَ في الخَبَرِ ، مع اتِّفَاقِ الأنواعِ ، واختلافِها .

فصل : فإن كان المُشْتَرِكُ في الاسمِ الخاصِّ من أصْلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، فهما جِنْسَانِ ؛ كالأدِقَّةِ ، والأخبازِ ، والخُلُولِ / ، والأدهانِ ، وعَصِيرِ الأشياءِ المُخْتَلَفَةِ ، كُلُّها أَجْناسٌ مُخْتَلَفَةٌ باختلافِ أصولِها . وحُكِيَ عن أَحْمَدَ ، أَنَّ خَلَّ التَّمَرِ ، وَخَلَّ العِنَبِ ، جِنْسٌ . وحُكِيَ ذلك عن مَالِكٍ ؛ لأنَّ الاسمَ الخاصَّ يَجْمَعُهُما . والصَّحِيحُ أَنَّهُما جِنْسَانِ ؛ لأنَّهُما من أصْلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، فكانا جِنْسَيْنِ ، كَدَقِيقِ الحِنْطَةِ ، ودَقِيقِ الشَّعِيرِ . وما ذَكَرَ لِلرَّوَايَةِ الأُخْرَى مُنْتَقِضٌ بسائرِ فُرُوعِ الأصولِ التي ذَكَرْناها . وكلُّ نَوْعٍ مَبْنِيٌّ عَلَى أَصْلِهِ ، فإذا كان شَيْئَانِ من أصْلَيْنِ فهما جِنْسَانِ ، فزَيْتُ الرَّيْتُونِ ، وزَيْتُ البُطْمِ ، وزَيْتُ الفُجْلِ ، أَجْناسٌ . ودُهْنُ السَّمَكِ ، والشَّيْرَجِ ، ودُهْنُ الجَوْزِ ، ودُهْنُ اللُّوزِ ، والبَزْرِ ، أَجْناسٌ . وعَسَلُ النَّحْلِ ، وعَسَلُ القَصَبِ ، جِنْسَانِ . وتَمَرُ النَّحْلِ ، وتَمَرُ الهِنْدِ ، جِنْسَانِ . وكلُّ شَيْئَيْنِ أَصْلُهُما وَاحِدٌ فهما جِنْسٌ وَاحِدٌ ، وإن اختلفتْ مقاصِدُهُما ؛ فدُهْنُ الْوَرْدِ ، والبَنْفَسَجِ ، والزُّبْقِ ، ودُهْنُ اليَاسْمِينِ ، إذا كانت من دُهْنٍ وَاحِدٍ ، فهي جِنْسٌ وَاحِدٌ . وهذا الصَّحِيحُ من مذهبِ الشَّافِعِيِّ ، وله قولٌ آخَرُ : لا يَجْرِي الرِّبَا فِيهَا ؛ لأنَّها لا تُقْصَدُ للأَكْلِ . وقال أبو حنيفة : هي أَجْناسٌ ؛ لأنَّ مقاصِدَها مُخْتَلَفَةٌ . ولنا ، أَنَّها كُلُّها شَيْرَجٌ ، وإنَّما طُبِّيتْ بهذه الرِّياحِينِ ، فَنُسِبَتْ إِلَيْها ، فلم تُصِرْ أَجْناسًا ، كما لو طُبِّيتْ سائرُ أنواعِ الأَجْناسِ . وقولُهم : لا تُقْصَدُ الرِّياحِينُ للأَكْلِ . قلنا : هي صَالِحَةٌ للأَكْلِ ، وإنَّما تُعَدُّ لما هو أَعْلَى مِنْهُ ، فلا تُخْرَجُ عَنْ كَوْنِها مَأْكُولَةً بِصِلَاحِها لغيرِهِ . وقولُهم : إِنَّها أَجْناسٌ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّها من أَصْلٍ وَاحِدٍ ، وَيَشْمَلُها اسْمٌ وَاحِدٌ ، فكانتْ جِنْسًا ، كأَنواعِ التَّمَرِ ، والحِنْطَةِ .

فصل : وقد يكونُ الجِنْسُ الْوَاحِدُ مُشْتَمِلًا عَلَى جِنْسَيْنِ ، كالتَّمَرِ ، يَشْتَمِلُ عَلَى النَّوَى وَغَيْرِهِ ، وهما جِنْسَانِ ، واللَّبَنِ ، يَشْتَمِلُ عَلَى المَخِيضِ والرَّبْدِ ، وهما جِنْسَانِ ، فما داما مُتَّصِلَيْنِ اتِّصَالَ الْخِلْقَةِ فهما جِنْسٌ وَاحِدٌ ، فإذا مُيزَ أَحَدُهُما من

الآخر ، صاراً جنسين ، حكمهما حكم الجنسين الأصليين .

فصل : في بيع التمر بالتمر وفروعه ، يجوز بيع التمر بالتمر كيلاً بكيلاً بغير خلاف ، وسواء تساويًا في الجودة والرداءة ، وفي / كونهما ينكبان في المكيال ، أو اختلفا في ذلك ، قيل لأحمد : صاع تمر بصاع تمر ، وأخذ التمرين يدخل في المكيال منه أكثر ؟ فقال : إنما هو صاع بصاع . وذلك لقول النبي ﷺ : « التمر بالتمر مدي بمدي » ثم قال : « من زاد ، أو ازداد ، فقد أربى »^(٩) . فإن كان في كل واحد منهما نواه ، جاز بيعه متساويًا بغير خلاف ؛ لأن النبي ﷺ قد علم أن التمر يكون فيه النوى . وإن نزع من كل واحد منهما نواه ، جاز أيضًا . وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز في أحد الوجهين ؛ لأنهما لم يتساويا في حال الكمال . ولأنه يتجافى في المكيال . ولنا ، قول النبي ﷺ : « التمر بالتمر مدي بمدي » . ولأنهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان ، فجاز ، كما لو كان في كل واحد منهما نواه . ويجوز بيع النوى بالنوى كيلاً لذلك . وإذا باع تمرًا منزوع النوى بتمر نواه فيه ، لم يجز ؛ لاشتمال أحدهما على ما ليس من جنسه دون الآخر . وإن نزع النوى ، ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر ، لم يجز ؛ لأنه زالت التبعية بنزعه ، فصار^(١٠) كبيع تمر وحنطة بتمر وحنطة . وإن باع النوى بتمر منزوع النوى ، جاز متفاضلاً ، ومتساويًا ؛ لأنهما جنسان . وإن باع النوى بتمر نواه فيه ، فعلى روايتين ؛ منع منه في رواية مهنا ، وأحمد بن القاسم ؛ لأن التمر نوى ، فيصير كمداً عجوة ، وكما لو باع تمرًا فيه نواه ، بتمر منزوع النوى . وأجاز ذلك في رواية ابن منصور ؛ لأن النوى في التمر غير مقصود ، ولذلك جاز بيع التمر بالتمر في كل واحد منهما نواه ، وصار هذا كبيع دار مموه سقفها بالذهب^(١١) .

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(١٠) في الأصل : « فكان » .

(١١) بعد هذا في م زيادة : « يذهب » .

فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلاً ومتساوياً ؛ لأنَّ النَّوى الذى ^(١٢) فى التَّمْرِ لا عِبْرَةَ به ،
فصار كبيع النَّوى بمنزوع النَّوى .

فصل : ويصنع من التَّمْرِ الدُّبْسُ ، والحَلُّ ، والنَّاطِفُ ^(١٣) ، والقطارة ^(١٤) . ولا
يجوز بيع التَّمْرِ بشيءٍ منها ؛ لأنَّ مع بعضها من غير جنسِهِ ، وبعضها مائعٌ ، والتَّمْرُ
جامدٌ . ولا يجوز بيع النَّاطِفِ بعضه ببعضٍ ، ولا بغيره من المصنوع من التَّمْرِ ؛
لأنَّ معها شيئاً مقصوداً من غير ^(١٥) جنسِهِما ، فينزَلُ / منزلةَ مدِّ عَجْوَةٍ . ويجوز ^{١٦٧/٤ و}
بيع القطارة ، والدُّبْسِ ، والحَلِّ ، كلُّ نوعٍ بعضه ببعضٍ متساوياً . قال أحمدُ
فى روايةٍ مهنَّا ، فى حَلِّ الدَّقْلِ ^(١٦) : يجوزُ بيعُ بعضه ببعضٍ متساوياً . وذلك لأنَّ
الماءَ فى كلِّ واحدٍ منهما غيرُ مقصودٍ ، وهو من مصلحته ، فلم يمنع جواز البيع ،
كالخبزِ بالخبزِ ، والتَّمْرِ بالتَّمْرِ ، فى كلِّ واحدٍ منهما نواه . ولا يُباعُ نوعٌ بنوعٍ
آخر ؛ لأنَّ فى كلِّ واحدٍ منهما من غير جنسِهِ يقلُّ ويكثرُ ، فيفضى إلى التفاضلِ .

فصل : والعنبُ كالتمرٍ فيما ذكرناه ، إلاَّ أنَّه لا يُباعُ حُلُّ العنبِ بحُلِّ الزَّبيبِ ؛
لإفراد ^(١٧) كلِّ واحدٍ منهما ^(١٧) بما ليس من جنسِهِ . ويجوزُ بيعُ حُلِّ الزَّبيبِ بعضه
ببعضٍ ، كما يجوزُ بيعُ حُلِّ التَّمْرِ بعضه ببعضٍ .

٧١٠ - مسألة ؛ قال : (والبرُّ والشَّعِيرُ جنسانِ)

هذا هو المذهبُ ، وبه يقولُ الثَّورى ، والشَّافعى ، وإسحاقُ ، وأبو ثورٍ ،
وأصحابُ الرَّأْيِ . وعن أحمدَ ، أنَّهما جنسٌ واحدٌ . وحكى ذلك عن سعدِ بنِ أبى

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) النَّاطِفُ : السائل من المائعات ، وضرب من الحلوى يصنع من اللوز والجوز والفسق .

(١٤) القطارة : ما قطر من الحب ونحوه .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) الدَّقْلُ : أردأ التمر .

(١٧ - ١٧) فى الأصل : « أحدهما » .

وَقَاصِرٌ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ الْأَسْوَدِ بْنِ عَبْدِ يَغُوثَ^(١) ، وَابْنُ مُعَيْقِبِ الدَّوْسِيِّ^(٢) ،
وَالْحَكَمُ ، وَحَمَادٌ ، وَمَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ؛ لَمَّا رَوَى عَنْ مَعْمَرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ أَرْسَلَ
غُلَامَهُ بِصَاعِ قَمْحٍ ، فَقَالَ : بَعْهُ ، ثُمَّ اشْتَرَى بِهِ شَعِيرًا . فَذَهَبَ الْغُلَامُ ، فَأَخَذَ صَاعًا
وَزِيَادَةً بَعْضَ صَاعٍ ، فَلَمَّا جَاءَ مَعْمَرًا ، أَخْبَرَهُ بِذَلِكَ ، فَقَالَ لَهُ مَعْمَرٌ : لِمَ فَعَلْتَ
ذَلِكَ ؟ انْطَلِقْ فَرُدَّهُ ، وَلَا تَأْخُذْ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ
بِالطَّعَامِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلِ ، وَكَانَ طَعَامُنَا يَوْمَئِذٍ الشَّعِيرَ . قِيلَ : فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمِثْلِهِ . قَالَ :
إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُضَارَعَ^(٣) . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ^(٤) . وَلَأَنَّ أَحَدَهُمَا يُعْشُ بِالْآخَرِ ، فَكَانَا
كَتَوَعِي الْجِنْسِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « بَيْعُوا الْبُرَّ بِالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا
بِيَدٍ »^(٥) . وَفِي لَفْظٍ : « لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْبُرِّ بِالشَّعِيرِ ، وَالشَّعِيرُ أَكْثَرُهُمَا ، يَدًا بِيَدٍ ،
وَأَمَّا نَسِيئَةٌ فَلَا »^(٦) ، وَفِي لَفْظٍ : « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبَيْعُوا كَيْفَ
شِئْتُمْ »^(٦) . وَهَذَا صَرِيحٌ صَحِيحٌ ، لَا يَجُوزُ تَرْكُهُ بِغَيْرِ مُعَارِضٍ مِثْلِهِ ، وَلَأَنَّهُمَا لَمْ
يَشْتَرِكَا فِي الْأَسْمِ الْخَاصِّ ، فَلَمْ يَكُونَا جِنْسًا وَاحِدًا ، / كَالْتَّمَرِ ، وَالْحِنْطَةِ ، وَلَأَنَّهُمَا
مُسَمَّيَانِ فِي الْأَصْنَافِ السَّيَّةِ ، فَكَانَا جِنْسَيْنِ ، كَسَائِرِهَا . وَحَدِيثُ مَعْمَرٍ لَا بُدَّ فِيهِ
مِنْ إِضْمَارِ الْجِنْسِ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ أَجْنَاسِ الطَّعَامِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الطَّعَامَ الْمَعْهُودَ
عِنْدَهُمْ ، وَهُوَ الشَّعِيرُ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي الْحَبْرِ : وَكَانَ طَعَامُنَا يَوْمَئِذٍ الشَّعِيرَ ، ثُمَّ لَوْ كَانَ

ظ ١٦٧/٤

(١) أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْأَسْوَدِ بْنِ عَبْدِ يَغُوثِ الزَّهْرِيُّ الْمَدَنِيُّ ، ثِقَةٌ مِنْ كِبَارِ التَّابِعِينَ . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ
١٣٩/٦ .

(٢) إِبْرَاهِيمُ بْنُ الْحَارِثِ بْنِ مُعَيْقِبِ الدَّوْسِيِّ ، حُجَّازِي ثِقَةٌ ، رَوَى عَنْ جَدِّهِ مُعَيْقِبِ الصَّحَابِيِّ ، تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ
٣٨٧/١ .

(٣) يَضَارَعُ : يَشَابُهُ وَيُشَارِكُ .

(٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٦ .

(٥) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْبُرِّ بِالْبُرِّ ، وَبَابِ بَيْعِ الشَّعِيرِ بِالشَّعِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَجْتَبَى ٢٤١/٧ ،
٢٤٢ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الصَّرْفِ وَمَا لَا يَجُوزُ مَتَفَاضِلًا يَدًا بِيَدٍ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ
٧٥٨ ، ٧٥٧/٢ .

(٦) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٦٢ .

عاماً لَوْ جَبَّ تَقْدِيمُ الْخَاصِّ الصَّرِيحِ عَلَيْهِ ، وَفِعْلُ مَعْمَرٍ وَقَوْلُهُ لَا يُعَارِضُ بِهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقِيَاسُهُمْ يَنْتَقِضُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ .

فصل : فِي الْحِنْطَةِ وَفُرُوعِهَا ، وَفُرُوعُهَا نَوْعَانِ ، أَحَدُهُمَا ، مَا لَيْسَ فِيهِ غَيْرُهُ ، كَالدَّقِيقِ ، وَالسَّوِيقِ^(٧) . وَالثَّانِي ، مَا فِيهِ غَيْرُهُ ، كَالخُبْزِ ، وَالْهَرِيرَةِ ، وَالْقَالُودَجِ^(٨) ، وَالنَّشَاءِ ، وَأَشْبَاهِهَا . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِشَيْءٍ مِنْ فُرُوعِهَا ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ : أَحَدُهَا السَّوِيقُ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالْحِنْطَةِ ، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ جَوَازُ ذَلِكَ ، مُتِمًّا ثَلَاثًا ، وَمُتَفَاضِلًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبْعُ الْحِنْطَةَ بِبَعْضِ أَجْزَائِهَا مُتَفَاضِلًا ، فَلَمْ يَجْزِ ، كَبَيْعِ مَكْوُكٍ^(٩) حِنْطَةً بِمَكْوُكِي دَقِيقٍ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى التَّمَاثُلِ ؛ لِأَنَّ النَّارَ قَدْ أَخَذَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَأُشْبِهَتْ الْمَقْلِيَّةُ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، مَا مَعَهُ غَيْرُهُ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا بِهِ أَيْضًا . وَقَالَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ : يَجُوزُ ذَلِكَ ، بِنَاءً عَلَى مَسْأَلَةِ مُدٍّ عَجْوَةٍ . وَسَنَذْكُرُ الدَّلِيلَ عَلَى ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . الْقِسْمُ الثَّلَاثُ ، الدَّقِيقُ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا بِهِ فِي الصَّحِيحِ . وَهُوَ مَذْهَبُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، وَالْحَكَمِ ، وَحَمَّادٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَكْحُولٍ . وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنِ الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ جَائِزٌ . وَبِهَذَا قَالَ رَبِيعَةُ ، وَمَالِكٌ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنِ النَّخَعِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَابْنِ شُبْرَمَةَ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّ الدَّقِيقَ نَفْسُ الْحِنْطَةِ ، وَإِنَّمَا تَكَسَّرَتْ أَجْزَاؤُهَا ، فَجَازَ بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ ، كَالْحِنْطَةِ الْمَكْسَرَةِ^(١٠) بِالصُّحَاكِ ، فَعَلَى هَذَا إِنَّمَا تَبَاعُ الْحِنْطَةُ بِالدَّقِيقِ وَزَنًا ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَفَرَّقَتْ أَجْزَاؤُهَا بِالطَّحْنِ وَانْتَشَرَتْ ، فَتَأْخُذُ مِنَ الْمِكْيَالِ مَكَانًا كَبِيرًا ، وَالْحِنْطَةُ تَأْخُذُ مَكَانًا صَغِيرًا ، وَالْوِزْنُ يُسَوَّى بَيْنَهُمَا . وَبِهَذَا قَالَ إِسْحَاقُ . وَلَنَا ، / أَنَّ بَيْعَ الْحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ يَبْعُ لِلْحِنْطَةِ بِجِنْسِهَا

(٧) السَّوِيقُ : طَعَامٌ يَتَّخَذُ مِنْ مَدْقُوقِ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ .

(٨) الْقَالُودَجُ : حُلْوَاءٌ هَلَامِيَّةٌ رَجْرَاجَةٌ تَعْمَلُ مِنَ الدَّقِيقِ وَالْمَاءِ وَالْعَسَلِ وَمَوَادِّ أُخْرَى .

(٩) الْمَكْوُكُ : مِكْيَالٌ قَدِيمٌ يَخْتَلِفُ مَقْدَارُهُ بِاخْتِلَافِ اصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَيْهِ فِي الْبِلَادِ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

مُتَفَاضِلًا ، فَحَرَّمَ ، كَبَيْعِ مَكِيلَةٍ بِمَكِيلَتَيْنِ ؛ وذلك لأنَّ الطَّحْنَ قد فَرَّقَ أَجْزَاءَهَا .
فَيَحْصُلُ فِي مَكِيلَاتِهَا دُونَ مَا يَحْصُلُ فِي مَكِيلَاتِ الْحِنْطَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَحَقَّقِ التَّفَاضُلُ ،
فَقَدْ جُهِلَ التَّمَاتُّلُ ، وَالْجَهْلُ بِالتَّمَاتُّلِ كَالْعِلْمِ بِالتَّفَاضُلِ فِيمَا يُشْتَرَطُ التَّمَاتُّلُ فِيهِ ،
وَلِذَلِكَ لَمْ يَجُزْ بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضِ جُزْأِهَا ، وَتَسَاوَيْهِمَا فِي الْوِزْنِ لَا يُلْزَمُ مِنْهُ التَّسَاوِي
فِي الْكَيلِ ، وَالْحِنْطَةُ وَالذَّقِيقُ مَكِيلَانِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْكَيلُ ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يَنْقَلُ عَنْهُ ،
وَلِأَنَّ الذَّقِيقَ يُشَبِّهُ الْمَكِيلَاتِ ، فَكَانَ مَكِيلًا ، كَالْحِنْطَةِ ، ثُمَّ لَوْ كَانَ مَوْزُونًا ، لَمْ
يَتَحَقَّقِ التَّسَاوِي بَيْنَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ؛ لِأَنَّ الْمَكِيلَ لَا يُقَدَّرُ بِالْوِزْنِ ، كَمَا لَا يُقَدَّرُ
الْمَوْزُونُ بِالْكَيلِ .

فصل : فَأَمَّا بَيْعُ بَعْضِ فُرُوعِهَا بِبَعْضِ ، فَيَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الذَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ
بِنَوْعِهِ مُتَسَاوِيًا ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَالْمَشْهُورُ عَنِ الشَّافِعِيِّ الْمَنْعُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ
يَعْتَبَرُ تَسَاوِيُهُمَا حَالَةَ الْكَمَالِ ، وَهُوَ حَالُ كَوْنِهَا حِنْطَةً ، وَقَدْ فَاتَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ أَحَدَ
الذَّقِيقَيْنِ قَدْ يَكُونُ مِنْ حِنْطَةِ رَزِينَةٍ ، وَالْآخَرُ مِنْ حِنْطَةِ^(١١) خَفِيفَةٍ ، فَيَسْتَوِيَانِ
دَقِيقًا ، وَلَا يَسْتَوِيَانِ حِنْطَةً . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا تَسَاوِيَا حَالَ الْعَقْدِ عَلَى وَجْهِ لَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا
بِالنَّقْصَانِ ، فَجَازَ ، كَبَيْعِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّمَا يُبَاعُ بَعْضُهُ بِبَعْضِ
كَيْلًا ؛ لِأَنَّ الْحِنْطَةَ مَكِيلَةٌ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي الذَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ مَا يَنْقَلُهُمَا عَنْ ذَلِكَ .
وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَتَسَاوِيَا فِي التَّعُمُّومَةِ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا . وَهُوَ مَذْهَبُ
أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا تَفَاوَتَا فِي التَّعُمُّومَةِ تَفَاوَتَا فِي ثَانِي الْحَالِ ، فَيَصِيرُ كَبَيْعِ الْحِنْطَةِ
بِالذَّقِيقِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الذَّقِيقَ يُبَاعُ بِالذَّقِيقِ وَزَنًّا . وَلَا وَجْهَ لَهُ ، وَقَدْ سَلَّمَ فِي
السَّوِيقِ أَنَّهُ يُبَاعُ بِالْكَيلِ ، وَالذَّقِيقُ مِثْلُهُ . فَأَمَّا بَيْعُ الذَّقِيقِ بِالسَّوِيقِ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ
لَا يَجُوزُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا أَجْزَاءُ حِنْطَةٍ لَيْسَ مَعَهُ غَيْرُهُ ، فَأُشْبِهَ الذَّقِيقَ بِالذَّقِيقِ ، وَالسَّوِيقَ بِالسَّوِيقِ .
/ وَلَنَا ، أَنَّ النَّارَ قَدْ أَخَذَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا ، فَلَمْ يَجُزْ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضِ ، كَالْمَقْلِيَّةِ

(١١) سقط من : الأصل .

بِالنِّبَةِ . وَرَوَى عَنْ مَالِكٍ ، وَأَبِي يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الدَّقِيقِ بِالسَّوِيقِ مُتَفَاضِلًا ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا أَجْزَاءُ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، فَلَمْ يَجُزِ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا ، كَالدَّقِيقِ مَعَ الدَّقِيقِ ، وَالسَّوِيقِ مَعَ السَّوِيقِ ^(١٢) .

فصل : فَأَمَّا مَا فِيهِ غَيْرُهُ ، كَالخُبْزِ ، وَغَيْرِهِ ، فَهُوَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ مَا فِيهِ مِنْ غَيْرِهِ غَيْرَ مَقْصُودٍ فِي نَفْسِهِ ، إِنَّمَا جُعِلَ فِيهِ ^(١٣) لِمَصْلَحَتِهِ ، كَالخُبْزِ وَالنَّشَاءِ ، فَيَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنَوْعِهِ ، إِذَا تَسَاوَا فِي النِّشَافَةِ ، وَالرُّطُوبَةِ . وَيُعْتَبَرُ التَّسَاوِي فِي الْوِزْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَدَّرُ بِهِ فِي الْعَادَةِ ، وَلَا يُمَكِّنُ كَيْلَهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا تَحَرَّى أَنْ يَكُونَ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُوزَنْ . وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ : لَا بَأْسَ بِهِ قُرْصًا بِقُرْصَيْنِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ بِحَالٍ ، إِلَّا أَنْ يَبْيَسَ ، وَيُدَقَّ دَقًّا نَاعِمًا ، وَيُبَاعَ بِالْكَيْلِ ، فِيهِ قَوْلَانِ ؛ لِأَنَّهُ مَكِيلٌ يَجِبُ التَّسَاوِي فِيهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ كَيْلَهُ ، فَتَعَدَّتِ الْمُسَاوَاةُ فِيهِ ، وَلَئِنْ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ بِهِ ^(١٤) ، كَالْمَغْشُوشِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، وَغَيْرِهِمَا . وَلَنَا ، عَلَى وَجُوبِ التَّسَاوِي ، أَنَّهُ مَطْعُومٌ مَوْزُونٌ ، فَحَرَّمَ التَّفَاضُلُ فِيهِمَا ، كَاللَّحْمِ ، وَاللَّبَنِ ، وَمَتَى وَجَبَ التَّسَاوِي ، وَجَبَتْ مَعْرِفَةُ حَقِيقَةِ التَّسَاوِي فِي الْمِغْيَارِ الشَّرْعِيِّ ، كَالْحِنْطَةِ بِالْحِنْطَةِ ، وَالدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ . وَلَنَا عَلَى الشَّافِعِيِّ ، أَنَّ مُعْظَمَ نَفْعِهِ فِي حَالِ رُطُوبَتِهِ ، فَجَازَ بَيْعُهُ بِهِ ، كَاللَّبَنِ بِاللَّبَنِ . وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ مَوْزُونًا ، أَصْلُهُ غَيْرُ مَوْزُونٍ ، كَاللَّحْمِ ، وَالْأُدْهَانِ . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالْيَابِسِ ؛ لِإِفْرَادِ أَحَدِهِمَا بِالنَّقْصِ فِي ثَانِي الْحَالِ ، فَأَشْبَهَ الرُّطْبَ بِالتَّمْرِ . وَلَا يَمْنَعُ زِيَادَةُ اخْتِذِ النَّارِ مِنْ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ حَالَ رُطُوبَتِهِمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَسِيرٌ ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، أَشْبَهَ بَيْعَ الْحَدِيثَةِ بِالْعَتِيقَةِ . وَلَا يَلْزَمُ مَا فِيهِ

(١٢) فِي م : « بِالسَّوِيقِ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

١٦٩/٤ و من المِلْح والماء ؛ لأنَّ ذلك ليس بمَقْصُودٍ فيه ، ويُرادُ / لِمَصْلَحَتِهِ ، فهو كالْمِلْح في الشَّيْرَج . وإنَّ يَيْسَ الخُبْز ، فذُقْ ، وجُعِلَ فِتْيَتًا ، يَبِيعُ بِمِثْلِهِ كَيْلًا ؛ لأنَّه أَمَكَنَ كَيْلَهُ ، فَرَدَّ إِلَى أَصْلِهِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : فيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُباعُ بِالوَزْنِ ؛ لأنَّه انْتَقَلَ إِلَيْهِ . النَّوْعُ الثَّانِي ، ما فيه غَيْرُهُ ممَّا هو مَقْصُودٌ ، كالْهَرِيسَةِ ، وَالْخَزِيرَةِ ^(١٤) ، وَالْفَالُودَجِ ، وَخُبْزِ الْأَبازِيرِ ، وَالْخُشْكَنْجِ ^(١٥) ، وَالسَّنْبُوسِكِ ^(١٦) ، وَنَحْوِهِ ، فلا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ ، ولا يَبِيعُ نَوْعٌ بِنَوْعٍ آخَرَ ؛ لأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَشْتَمِلُ عَلَى ما لَيْسَ مِنْ جِنْسِهِ ، وَهُوَ مَقْصُودٌ ، كاللَّحْمِ فِي الْهَرِيسَةِ ، وَالْعَسَلِ فِي الْفَالُودَجِ . وَالْماءِ ، وَالذَّهْنِ فِي الْخَزِيرَةِ . وَيَكْثُرُ التَّفَاوُتُ فِي ذَلِكَ ، فلا يَتَحَقَّقُ التَّمَاثُلُ فِيهِ . وَإِذَا لم يُمَكِّنِ التَّمَاثُلُ فِي النَّوْعِ الْوَاحِدِ ، فَفِي النَّوْعَيْنِ أُولَى .

فصل : وَالْحُكْمُ فِي الشَّعِيرِ وَسَائِرِ الْحُبُوبِ كَالْحُكْمِ فِي الْحِنْطَةِ . وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ وَالْمَصْنُوعِ مِنْهَا بِغَيْرِهَا مِنَ الْحُبُوبِ وَالْمَصْنُوعِ مِنْهَا ؛ لِغَدَمِ اشْتِرَاطِ الْمُمَائِلَةِ بَيْنَهُمَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٧١١ - مسألة ؛ قال : (وَسَائِرُ اللَّحْمَانِ جِنْسٌ وَاحِدٌ)

أَرَادَ جَمِيعَ اللَّحْمِ ، وَجَمَعَهُ - وَهُوَ اسْمُ جِنْسٍ - لاختلاف أنوعه . ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّ اللَّحْمَ كُلَّهُ جِنْسٌ وَاحِدٌ ، وَذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَأَنْكَرَ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى كَوْنَ هَذَا رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ ، وَقَالَ : الْأَنْعَامُ ، وَالْوُحُوشُ ، وَالطَّيْرُ ، وَدَوَابُّ الْمَاءِ ، أَجْناسٌ يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِيهَا رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وَإِنَّمَا فِي اللَّحْمِ رِوَايتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ أَرْبَعَةُ أَجْناسٍ ، كما ذَكَرْنَا . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، إِلَّا أَنَّهُ يَجْعَلُ الْأَنْعَامَ ، وَالْوَحْشَ

(١٤) الخزيرة : لحم يقطع قطعاً صغيراً ، ثم يطبخ بماء كثير وملح ، فإذا اكتمل نضجه ذُرَّ عَلَيْهِ الدقيق وعُصِدَ بِهِ ، ثُمَّ أُدِمَ بِإِدَامٍ مَا .

(١٥) الخُشْكَنْج : خبزة تصنع من خالص دقيق الحنطة وتُملَأُ بِالسُّكَّرِ وَاللُّوزِ وَالْفَسْتَقِ وَتَقْلَى .

(١٦) السَّنْبُوسِك : عجينة معجون بالسمن يحشى باللحم المطبوخ البارد والجوز .

جِنْسًا وَاحِدًا ، فيكونُ عنده ثَلَاثَةُ أَصْنَافٍ . والثانية ، أَنَّهُ أَجْنَاسٌ بِاخْتِلَافِ أَصُولِهِ ، وهو قولُ أبي حنيفة ، وأحدُ قولَي الشَّافِعِيِّ ، وهى أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهَا فُرُوعُ أَصُولٍ هِىَ أَجْنَاسٌ ، فَكَانَتْ أَجْنَاسًا ، كَالْأَدِقَّةِ ، وَالْأَخْبَازِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ . وَاخْتِيَارُ الْقَاضِي أَنَّهَا أَرْبَعَةُ أَجْنَاسٍ . وَحَمَلَ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ عَلَيْهَا ، وَاحْتَجَّ بِأَنَّ لَحْمَ هَذِهِ الْحَيَوَانَاتِ تَخْتَلِفُ الْمَنْفَعَةُ بِهَا ، وَالْقَصْدُ إِلَى أَكْلِهَا ، فَكَانَتْ أَجْنَاسًا . وَهَذَا ضَعِيفٌ جَدًّا ؛ لِأَنَّ كَوْنَهَا أَجْنَاسًا لَا يُوجِبُ / حَصَرَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَجْنَاسٍ ، وَلَا نَظِيرَ لِهَذَا ، ١٦٩/٤ ظ فَيُقَاسُ عَلَيْهِ . وَلَا يَصِحُّ حَمْلُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ عَلَيْهِ ؛ لِعَدَمِ احْتِمَالِ لَفْظِهِ لَهُ ، وَتَصْرِيحِهِ فِي الْإِيمَانِ بِأَنَّهُ إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا فَأَكَلَ مِنْ لَحْمِ الْأَنْعَامِ ، أَوْ الطَّائِرِ ، أَوْ السَّمَكِ ، حِنْثٌ . فَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ كَلَامِهِ عَلَى عُمُومِهِ فِي أَنَّ جَمِيعَ اللَّحْمِ جِنْسٌ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَكَ فِي الْأَسْمِ الْوَاحِدِ حَالَ حُدُوثِ الرَّبَافِيهِ ، فَكَانَ جِنْسًا وَاحِدًا ، كَالطَّلَعِ ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ أَجْنَاسٌ بِاخْتِلَافِ أَصُولِهِ . وَهَذَا الدَّلِيلُ يَنْتَقِضُ بِالتَّمَرِّ الْهِنْدِيِّ وَالتَّمَرِّ الْبَرْنِيِّ ، وَعَسَلِ الْقَصَبِ وَعَسَلِ النَّخْلِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ . فَعَلَى هَذَا ، لَحْمُ الْإِبِلِ كُلُّهُ صِنْفٌ ، بِخَاتِيهَا وَعِرَابِهَا^(١) ، وَالْبَقَرُ عِرَابُهَا وَجَوَامِيسُهَا صِنْفٌ ، وَالْعَنَمُ ضَانُّهَا وَمَعْزُهَا صِنْفٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ صِنْفَيْنِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّاها فِي الْأَزْوَاجِ الثَّمَانِيَةِ فَقَالَ : ﴿ ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ مِنْ الضَّأْنِ اثْنَيْنِ وَمِنَ الْمَعْزِ اثْنَيْنِ ﴾^(٢) . فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا فَرَّقَ بَيْنَ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ ، فَقَالَ : ﴿ وَمِنَ الْإِبِلِ اثْنَيْنِ وَمِنَ الْبَقَرِ اثْنَيْنِ ﴾^(٣) . وَالْوَحْشُ أَصْنَافٌ ؛ بِقَرُّهَا صِنْفٌ ، وَغَنَمُهَا صِنْفٌ ، وَظَبَاوُهَا صِنْفٌ ، وَكُلُّ مَالِهِ اسْمٌ يَخُصُّهُ فَهُوَ صِنْفٌ . وَالطُّيُورُ أَصْنَافٌ ، كُلُّ مَا انْفَرَدَ بِاسْمٍ وَصِفَةٍ فَهُوَ صِنْفٌ ، فَيُبَاعُ لَحْمُ صِنْفٍ بِلَحْمِ صِنْفٍ آخَرَ ، مُتَفَاضِلًا وَمُتَمَاثِلًا ، وَيُبَاعُ بِصِفَةٍ مُتَمَاثِلًا ، وَمَنْ جَعَلَهَا صِنْفًا وَاحِدًا لَمْ يَجُزْ عِنْدَهُ بَيْعُ لَحْمِ بِلَحْمٍ ، إِلَّا مُتَمَاثِلًا .

(١) البخاري : الإبل الخراسانية . والعرب غيرها .

(٢) سورة الأنعام ١٤٣ .

(٣) سورة الأنعام ١٤٤ .

٧١٢ - مسألة ؛ قال : (لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضِ رَطْبًا . وَيَجُوزُ إِذَا تَنَاهَى جَفَافُهُ مِثْلًا بِمِثْلٍ)

اخْتَارَ الْخِرَقِيُّ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ ، إِلَّا فِي حَالِ جَفَافِهِ وَذَهَابِ رُطُوبِيَّتِهِ كُلِّهَا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَهَبَ أَبُو حَفْصٍ فِي « شَرْحِهِ » إِلَى هَذَا . قَالَ الْقَاضِي : وَالْمَذْهَبُ : جَوَازُ بَيْعِهِ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ . وَقَوْلُهُ ، فِي الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ بِجَوَازِ الْبَيْعِ يُنْبَهُ عَلَى إِبَاحَةِ بَيْعِ اللَّحْمِ بِاللَّحْمِ ^(١) ، مِنْ حَيْثُ كَانَ اللَّحْمُ ، حَالِ كَمَالِهِ وَمُعْظَمِ نَفْعِهِ ، فِي حَالِ رُطُوبِيَّتِهِ دُونَ حَالِ يُسِّهِ ، فَجَرَى مَجْرَى اللَّبَنِ ^(٢) بِخِلَافِ الرُّطْبِ ؛ فَإِنَّ حَالِ كَمَالِهِ وَمُعْظَمِ نَفْعِهِ فِي حَالِ يُسِّهِ ، فَإِذَا جَارَ فِيهِ الْبَيْعُ ، فَقِيَ اللَّحْمُ أَوْلَى ، وَلَئِنَّهُ قَصَدَ ^(٣) التَّمَثُّلَ فِيهِمَا فِي الْحَالِ عَلَى وَجْهِ لَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالنَّقْصِ ، فَجَازَ / كَبَيْعِ اللَّبَنِ بِاللَّبَنِ . فَأَمَّا بَيْعُ رَطْبِهِ بِبَابِيسِهِ ، أَوْ بَيْعِهِ بِمَطْبُوخِهِ أَوْ مَشْوِيِّهِ ، فَغَيْرُ جَائِزٍ ؛ لِإِنْفِرَادِ أَحَدِهِمَا بِالنَّقْصِ فِي الثَّانِي ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَالرُّطْبِ بِالتَّمْرِ .

١٧٠/٤ و

فصل : قال القاضي : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ إِلَّا مَنْزُوعَ الْعِظَامِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْعَسَلِ بِالْعَسَلِ إِلَّا بَعْدَ التَّصْفِيَةِ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَكَلَامُ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، يَقْتَضِي الْإِبَاحَةَ مِنْ غَيْرِ نَزْعِ عِظَامِهِ وَلَا جَفَافِهِ ، قَالَ فِي رِوَايَةٍ حَنْبَلٍ : إِذَا صَارَ إِلَى الْوِزْنِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، رِطْلًا بِرِطْلٍ . فَأُطْلِقَ وَلَمْ يَشْتَرِطْ شَيْئًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعِظَامَ تَابِعٌ لِللَّحْمِ بِأَصْلِ الْخِلْقَةِ ، فَلَمْ يَشْتَرِطْ نَزْعَهُ ، كَالنَّوَى فِي التَّمْرِ . وَفَارَقَ الْعَسَلَ ، مِنْ حَيْثُ إِنَّ اخْتِلَاطَ الشَّمْعِ بِالْعَسَلِ مِنْ فِعْلِ النَّحْلِ ، لَا مِنْ أَصْلِ الْخِلْقَةِ .

فصل : وَاللَّحْمُ وَالشَّحْمُ جِنْسَانِ . وَالْكَبِدُ صِنْفٌ . ^(٤) وَالطُّحَالُ صِنْفٌ ^(٥) .

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « اللَّحْمُ بِاللَّحْمِ » .

(٣) فِي م : « وَجَدَ » .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

والقَلْبُ صِنْفٌ ، والمُخُّ صِنْفٌ . وَيَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ^(٥) صِنْفٍ بِصِنْفٍ آخَرَ مُتَفَاضِلًا .
وقال القاضي : لا يجوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالشَّحْمِ . وَكَرِهَ مَالِكٌ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَتِمَّائِلَا .
وظاهرُ المذهبِ ، إِبَاحَةُ الْبَيْعِ فِيهِمَا مُتِمَّائِلًا وَمُتَفَاضِلًا ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ،
وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ ، فَجَازَ التَّفَاضُلُ فِيهِمَا كَالذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ^(٦) . وَإِنْ مَنَعَ
مِنْهُ لِكَوْنِ اللَّحْمِ لَا يَخْلُو مِنْ شَحْمٍ لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الشَّحْمَ لَا يَظْهَرُ ، وَإِنْ كَانَ
فِيهِ شَيْءٌ فَهُوَ غَيْرُ مَقْصُودٍ ، فَلَا يَمْنَعُ الْبَيْعُ ، وَلَوْ مَنَعَ لِذَلِكَ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُ لَحْمٍ
بِلَحْمٍ ؛ لِاشْتِمَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى مَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِهِ . ثُمَّ لَا يَصِحُّ هَذَا عِنْدَ
القَاضِي ؛ لِأَنَّ السَّمِينَ الَّذِي يَكُونُ مَعَ اللَّحْمِ لَحْمٌ عِنْدَهُ ، فَلَا يَتَصَوَّرُ اشْتِمَالُ اللَّحْمِ
عَلَى الشَّحْمِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ اللَّحْمَ الْأَبْيَضَ الَّذِي عَلَى ظَاهِرِ اللَّحْمِ الْأَحْمَرِ ،
^(٧) هُوَ وَالْأَحْمَرُ^(٧) جِنْسٌ وَاحِدٌ ، وَأَنَّ الْأَلْيَةَ وَالشَّحْمَ جِنْسَانِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ
الْخِرَقِيِّ خِلَافُ هَذَا ؛ لِقَوْلِهِ : إِنَّ اللَّحْمَ لَا يَخْلُو مِنْ شَحْمٍ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ هَذَا شَحْمًا
لَمْ يَخْتَلِطْ لَحْمٌ بِشَحْمٍ ، فَعَلَى هَذَا^(٨) ، كُلُّ أَبْيَضٍ فِي الْحَيَوَانِ يَذُوبُ بِالْإِذَابَةِ
وَيَصِيرُ دُهْنًا ، فَهُوَ جِنْسٌ وَاحِدٌ . وَهَذَا أَصَحُّ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ
شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا ﴾^(٩) . فَاسْتَشْنَى مَا حَمَلَتْ الظُّهُورُ مِنْ
الشَّحْمِ ، وَلِأَنَّهُ يُشَبِّهُ الشَّحْمَ فِي ذَوْبِهِ وَلَوْنِهِ وَمَقْصِدِهِ ، فَكَانَ / شَحْمًا ، كَالَّذِي
فِي الْبَطْنِ .

فصل : وَفِي اللَّبَنِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ جِنْسٌ وَاحِدٌ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي اللَّحْمِ .
وَالثَّانِيَةُ ، هُوَ أَجْنَسٌ بِاخْتِلَافِ أَصُولِهِ كَاللَّحْمِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَبِهِ قَالَ
مَالِكٌ ؛ لِأَنَّ الْأَنْعَامَ كُلَّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : لَبَنُ الْبَقَرِ الْأَهْلِيَّةِ وَالْوَحْشِيَّةِ

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في م : « والفضة » .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) في م : « قوله » .

(٩) سورة الأنعام ١٤٦ .

جِنْسٌ وَاحِدٌ عَلَى الرُّوَايَاتِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْبَقَرِ يَشْمَلُهُمَا . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ لَحْمَهُمَا ^(١٠) جِنْسَانِ ، فَكَانَ لَبْنُهُمَا ^(١١) جِنْسَيْنِ ، كَالْإِبِلِ وَالْبَقَرِ . وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، مُتَفَاضِلًا ، وَكَيْفَ شَاءَ ، يَدَا يَدٍ ، وَبِجِنْسِهِ ^(١٢) مُتَمَاثِلًا كَيْلًا . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ مَكِيلٌ لَا يُبَاعُ إِلَّا بِالْكَيْلِ ؛ لِأَنَّهُ الْعَادَةُ فِيهِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ حَلِيبَيْنِ أَوْ حَامِضَيْنِ ، أَوْ أَحَدُهُمَا حَلِيبٌ ، وَالْآخَرُ حَامِضٌ ؛ لِأَنَّ تَغْيِيرَ الصِّفَةِ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ ، كَالْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ . وَإِنْ شِيبَ أَحَدُهُمَا بِمَاءٍ ، أَوْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ بِخَالِصٍ وَلَا بِمَشْثُوبٍ مِنْ جِنْسِهِ ؛ لِأَنَّ مَعَهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ لَغَيْرِ مَصْلَحَتِهِ ^(١٣) .

فصل : وَيَتَفَرَّغُ مِنَ اللَّبَنِ قِسْمَانِ ؛ مَا لَيْسَ فِيهِ غَيْرُهُ كَالزُّبْدِ ، وَالسَّمْنِ ، وَالْمَخِيطِ ، وَاللَّبَأِ ^(١٤) . وَمَا فِيهِ غَيْرُهُ . وَكِلَاهُمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِاللَّبَنِ ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَخْرَجٌ مِنَ اللَّبَنِ ، فَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ بِأَصْلِهِ الَّذِي فِيهِ مِنْهُ ، كَالْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ ، وَالسَّمْسِمِ بِالشَّيْرِجِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ بِالزُّبْدِ ، إِذَا كَانَ الزُّبْدُ الْمُتَفَرِّدُ أَكْثَرَ مِنَ الزُّبْدِ فِي اللَّبَنِ . وَهَذَا يَقْتَضِي جَوَازَ بَيْعِهِ بِهِ مُتَفَاضِلًا ، وَمَنْعَ جَوَازِهِ مُتَمَاثِلًا . قَالَ الْقَاضِي : وَهَذِهِ الرُّوَايَةُ لَا تَخْرُجُ عَلَى الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الشَّيْئَيْنِ إِذَا دَخَلَهُمَا الرِّبَا ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ ، وَمَعَهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ يَمْدَنِينَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذِهِ الرُّوَايَةَ دَالَّةٌ عَلَى جَوَازِ الْبَيْعِ فِي مَسْأَلَةِ مُدِّ عَجْوَةٍ ، وَكَوْنُهَا مُخَالَفَةٌ لِرَوَايَاتٍ أُخَرَ لَا يَمْنَعُ كَوْنُهَا رَوَايَةً ، كَسَائِرِ الرُّوَايَاتِ الْمُخَالَفَةِ لغيرِهَا ، لَكِنَّهَا مُخَالَفَةٌ لِظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَالْحُكْمُ فِي السَّمْنِ كَالْحُكْمِ فِي الزُّبْدِ . وَأَمَّا اللَّبْنُ بِالْمَخِيطِ الَّذِي فِيهِ زُبْدُهُ ، فَلَا يَجُوزُ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : اللَّبْنُ بِالْمَخِيطِ لَا خَيْرَ فِيهِ . وَيَتَخَرَّجُ الْجَوَازُ كَالَّتِي قَبْلَهَا ،

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « لَحْمَهَا » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « لَبْنَهَا » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « مَصْلَحَةٌ » .

(١٤) اللَّبَأُ ، كَضِلْعٍ : أَوَّلُ اللَّبَنِ .

وَأَمَّا اللَّبَنُ بِاللَّبِّ ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ أَنْ تَمَسَّهُ النَّارُ ، جَارَ مُتَمَاثِلًا ؛ لِأَنَّهُ لَبَنٌ بِلَبِّنٍ . وَإِنْ مَسَّتْهُ النَّارُ لَمْ يَجْزُ . / وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا ، أَنَّهُ يَجُوزُ ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ النَّارَ عَقَدَتْ أَجْزَاءَ أَحَدِهِمَا ، وَذَهَبَتْ بِبَعْضِ رُطُوبَتِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ بِنُوعِهِ بِمَا لَمْ تَمَسَّهُ النَّارُ ، كَالْخُبْزِ بِالْعَجِينِ ، وَالْمَقْلِيَّةِ بِالنَّيَّةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَأَمَّا بَيْعُ النَّوْعِ مِنْ فُرُوعِ اللَّبَنِ بِنَوْعِهِ ، فَمَا فِيهِ خِلَاطٌ مِنْ غَيْرِ اللَّبَنِ ، كَالِكَشْكِ وَالكَامَخِ^(١٥) ، وَنَحْوِهِمَا ، لَا يَجُوزُ^(١٦) بَيْعُ ذَلِكَ^(١٦) بِنَوْعِهِ وَلَا بِغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَلِطٌ بِغَيْرِهِ ، فَهُوَ كَمَسْأَلَةِ مُدَّعَجَوَةٍ ، وَمَا لَيْسَ فِيهِ غَيْرُهُ ، أَوْ فِيهِ غَيْرُهُ ، إِلَّا أَنَّ ذَلِكَ الْغَيْرَ لِمَصْلَحَتِهِ ، فَيَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ نَوْعٍ مِنْهُ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ إِذَا تَسَاوَا فِي النِّشَافَةِ وَالرُّطُوبَةِ ، فَيَبِيعُ الْمَخِيطُ بِالْمَخِيطِ ، وَاللَّبَّاءُ بِاللَّبِّ ، وَالْجُبْنُ بِالْجُبْنِ ، وَالْمَصْلُ^(١٧) بِالْمَصْلِ ، وَالْأَقِطُ بِالْأَقِطِ ، وَالزُّبْدُ بِالزُّبْدِ ، وَالسَّمْنُ بِالسَّمْنِ ، مُتَسَاوِيًا . وَيُعْتَبَرُ التَّسَاوِيُ بَيْنَ الْأَقِطِ بِالْأَقِطِ^(١٨) بِالْكَيْلِ ؛ لِأَنَّهُ قُدِّرَ بِالصَّاعِ فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ ، وَهُوَ يُشَبَّهُ الْمَكِيلَاتِ ، وَكَذَلِكَ الْمَصْلُ وَالْمَخِيطُ . وَيُبَاعُ الْخُبْزُ بِالْخُبْزِ بِالْوَزْنِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْزُونٌ وَلَا يُمْكِنُ كَيْلُهُ ، فَاشْتَبَهَ الْخُبْزُ . وَكَذَلِكَ الزُّبْدُ وَالسَّمْنُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يُبَاعَ السَّمْنُ بِالْكَيْلِ . وَلَا يُبَاعُ نَاشِيفٌ مِنْ ذَلِكَ بِرَطْبٍ ، كَمَا لَا يُبَاعُ الرُّطْبُ بِالتَّمْرِ ، وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخَرَقِيِّ أَنْ لَا يُبَاعَ رَطْبٌ مِنْ ذَلِكَ بِرَطْبٍ^(١٩) « كَمَا فِي اللَّحْمِ »^(١٩) . وَأَمَّا بَيْعُ مَا تُزَعُّ مِنَ اللَّبَنِ بِنَوْعٍ آخَرَ ، كَالزُّبْدِ ، وَالسَّمْنِ ، وَالْمَخِيطِ ، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الزُّبْدِ وَالسَّمْنِ بِالْمَخِيطِ ، مُتَمَاثِلًا وَمُتَفَاضِلًا ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ ، وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا شَيْئَانِ مِنْ أَصْلِ وَاحِدٍ ، أَشْبَهَا اللَّحْمَ بِالشَّحْمِ . وَمِمَّنْ أَجَازَ بَيْعَ الزُّبْدِ بِالْمَخِيطِ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَلِأَنَّ اللَّبَنَ الَّذِي فِي الزُّبْدِ غَيْرُ مَقْصُودٍ ، وَهُوَ يَسِيرٌ ، فَاشْتَبَهَ

(١٥) الكامخ ، كهاجر : إدام ، أو المخللات المشهية .

(١٦ - ١٦) في م : « بيعه » .

(١٧) المصل : ما سال من الأقط إذا طبخ ثم عصر .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩ - ١٩) في م : « كاللحم » .

المِلْحَ فِي الشَّيْرَجِ . وَيَبْعُ السَّمْنُ بِالْمَخِيضِ ، أَوَّلَى بِالْجَوَارِ ؛ لِخُلُوِّ السَّمْنِ مِنَ الْمَخِيضِ . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزُّبْدِ بِالسَّمْنِ ؛ لِأَنَّ فِي الزُّبْدِ لَبَنًا يَسِيرًا ، وَلَا شَيْءَ فِي السَّمْنِ ، فَيَحْتَلُّ التَّمَاثُلُ ، وَلِأَنَّهُ مُسْتَخْرَجٌ مِنَ الزُّبْدِ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ بِهِ ، كَالزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ فِي الزُّبْدِ غَيْرُ مَقْصُودٍ ، فَوْجُودُهُ كَعَدَمِهِ ، وَلِذَلِكَ جَازَ بَيْعُهُ بِالْمَخِيضِ وَبِزُبْدٍ مِثْلِهِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ التَّمَاثُلَ وَاجِبٌ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْفِرَادُ أَحَدِهِمَا بِوُجُودِ اللَّبَنِ فِيهِ ، يُخِلُّ بِالتَّمَاثُلِ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ / بِهِ ، كَتَمْرِ مَنْزُوعِ التَّوَى بِتَمْرِ فِيهِ تَوَاهُ ، وَلِأَنَّ أَحَدَهُمَا يَنْفَرِدُ بِرُطُوبَةٍ لَا تُوجَدُ فِي الْآخَرِ ، فَاشْبَهَ الرُّطْبَ بِالتَّمْرِ ، وَالْعَنَبَ بِالزَّيْبِ ، وَكُلَّ رُطْبٍ يَبَاسٍ مِنْ جِنْسِهِ . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ مِنَ الزُّبْدِ وَالسَّمْنِ وَالْمَخِيضِ بِشَيْءٍ مِنْ أَنْوَاعِ اللَّبَنِ ، كَالْجُبْنِ وَاللَّبَنِ وَنَحْوِهِمَا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَنْوَاعَ لَمْ يُنْتَزَعْ مِنْهَا شَيْءٌ ، فَيَكُونُ حُكْمُهَا حُكْمَ اللَّبَنِ الَّذِي فِيهِ زُبْدُهُ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهَا ، كَبَيْعِ اللَّبَنِ بِهَا . وَأَمَّا بَيْعُ الْجُبْنِ بِالْأَقِطِ ، فَلَا يَجُوزُ مَعَ رُطُوبَتَيْهِمَا ، أَوْ رُطُوبَةِ أَحَدِهِمَا ، كَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ . وَإِنْ كَانَا يَابِسَيْنِ احْتَمَلَ أَنْ لَا يَجُوزَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْجُبْنَ مَوْزُونٌ وَالْأَقِطَ مَكِيلٌ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ ، كَالْخُبْزِ بِالذَّقِيقِ ، وَيَحْتَمِلُ الْجَوَارُ ، إِذَا تَمَاثَلَا ، كَبَيْعِ الْخُبْزِ بِالْخُبْزِ .

٧١٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ)

لَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِحَيَوَانٍ مِنْ جِنْسِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَقَوْلُ فَهَاءِ الْمَدِينَةِ السَّبْعَةِ . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِحَيَوَانٍ مُعَدًّا لِلَّحْمِ ، وَيَجُوزُ بَعْثُهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ مَالُ الرَّبَا بِمَا لَا رَبَا فِيهِ ، أَشْبَهَ بَيْعَ اللَّحْمِ بِالذَّرَاهِمِ ، أَوْ بِلَحْمٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ . رَوَاهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ ^(١) ،

(١) في : باب بيع الحيوان باللحم ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٥٥/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب بيع اللحم بالحيوان ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٩٦/٥ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٧١/٣ .

عن زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ ، عن سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ ، عن النَّبِيِّ ﷺ . قال ابنُ عبدِ البرِّ : هذا أحسنُ أسانيدِهِ . وَرَوَى عن (٢) النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ (٣) نَهَى أَنْ يُبَاعَ حَتَّى يَمِيتَ . ذَكَرَهُ الإمامُ أَحْمَدُ (٤) . وَرَوَى عن (٥) ابنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ جَزُورًا نُحِرَتْ ، فَجَاءَ رَجُلٌ بِعَنَاقٍ (٥) فَقَالَ : أَعْطُونِي جُزْءًا بِهَذَا الْعَنَاقِ . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَصْلَحُ هَذَا . قَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا أَعْلَمُ مُخَالَفًا لِأَبِي بَكْرٍ فِي ذَلِكَ . وَقَالَ أَبُو الزِّنَادِ : وَكُلُّ مَنْ أَدْرَكَتْ يَنْهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ . وَلَأَنَّ اللَّحْمَ نَوْعٌ فِيهِ الرَّبَا يَبْعُ بِأَصْلِهِ الَّذِي فِيهِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَبَيْعِ السَّمْسِمِ بِالشَّيْرِجِ . وَبِهَذَا فَارَقَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ . وَأَمَّا بَيْعُ اللَّحْمِ بِحَيَوَانٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ وَالْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ سُئِلَ عَنْ بَيْعِ الشَّاقِ بِاللَّحْمِ ، فَقَالَ : لَا يَصِحُّ (٦) ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى أَنْ يُبَاعَ حَتَّى يَمِيتَ . وَاخْتَارَ الْقَاضِي جَوَازَهُ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ . وَاجْتَنَبَ مِنْ مَنَعَةٍ بِعُمُومِ الْأَخْبَارِ ، وَبِأَنَّ اللَّحْمَ كُلَّهُ جِنْسٌ وَاحِدٌ . وَمَنْ أَجَازَهُ قَالَ : مَا لُ الرِّبَا يَبْعُ بِغَيْرِ أَصْلِهِ وَلَا جِنْسِهِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِالْأَثْمَانِ . وَإِنْ بَاعَهُ بِحَيَوَانٍ غَيْرِ مَا كَوَّلَ اللَّحْمَ ، جَازَ ، فِي ظَاهِرِ قَوْلِ أَصْحَابِنَا . وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ شَيْءٍ مِنْ مَالِ الرِّبَا بِأَصْلِهِ الَّذِي فِيهِ مِنْهُ ، كَالسَّمْسِمِ بِالشَّيْرِجِ ، وَالزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ ، وَسَائِرِ الْأَذْهَانِ بِأَصُولِهَا ، وَالْعَصِيرِ بِأَصْلِهِ ، كَعَصِيرِ الْعِنَبِ ، وَالرُّمَّانِ ، وَالتُّفَاحِ ، وَالسَّقَّرَجَلِ ، وَقَصَبِ السُّكَّرِ ، لَا يُبَاعُ شَيْءٌ مِنْهَا بِأَصْلِهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مُخْتَلِفٌ ، وَالْمَعْنَى مُخْتَلِفٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ إِذَا عَلِمَ يَقِينًا أَنَّ مَا فِي الْأَصْلِ مِنَ الدُّهْنِ

(٢) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٥٩٧/٥ .

(٥) الْعَنَاقُ : الْأُنْثَى مِنْ أَوْلَادِ الْمَعَزِ وَالْغَنَمِ مِنْ حِينَ الْوِلَادَةِ إِلَى تِمَامِ حَوْلِ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « يَصْلَحُ » .

والعَصِيرِ أَقْلُ مِنَ الْمُتَفَرِّدِ^(٧) ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يَجُزْ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالٌ رَبَّائِيٌّ بِأَصْلِهِ
الَّذِي فِيهِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَبَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ ، وَقَدْ أَثْبَتْنَا ذَلِكَ بِالنَّصِّ .

فصل : فَأَمَّا بَيْعُ شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الْمُعْتَصِرَاتِ بِجِنْسِهِ ، فَيَجُوزُ مُتَمَاتِلًا . وَيَجُوزُ
بَيْعُهُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا ، وَكَيْفَ شَاءَ ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ ، وَيُعْتَبَرُ التَّسَاوِي فِيهِمَا
بِالْكَيْلِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَدَّرُ بِهِ وَيُبَاعُ بِهِ عَادَةً ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَسَوَاءٌ كَانَا مَطْبُوحَيْنِ
أَوْ نَيْعَيْنِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَطْبُوحِ بِجِنْسِهِ ؛ لِأَنَّ النَّارَ تَعْقِدُ
أَجْزَاءَهُمَا ، فَيُخْتَلَفُ وَيُودَى إِلَى التَّفَاضُلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مُتَسَاوِيَانِ فِي الْحَالِ ، عَلَى
وَجْهِ لَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالنَّقْصِ . فَأَشْبَهَ النَّيَّءَ بِالنَّيَّءِ . فَأَمَّا بَيْعُ النَّيَّءِ بِالْمَطْبُوحِ مِنْ
جِنْسٍ وَاحِدٍ ، فَلَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يَنْفَرِدُ بِالنَّقْصِ فِي ثَانِي الْحَالِ ، فَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ
بِهِ ، كَالرُّطْبِ بِالتَّمْرِ . وَإِنْ بَاعَ عَصِيرَ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ بِثِفْلِهِ . فَإِنْ كَانَتْ فِيهِ بَقِيَّةٌ
مِنَ الْمُسْتَخْرَجِ مِنْهُ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ بِهِ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الشَّيْءِ بِالْكُسْبِ ، وَلَا الزَّيْتِ
بِثِفْلِهِ الَّذِي فِيهِ بَقِيَّةٌ مِنَ الزَّيْتِ ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي يَجُوزُ^(٨) فِيهَا مَسْأَلَةُ مُدٍّ عَجْوَةٍ .
فَإِنْ لَمْ يَتَّقِ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ عَصِيرِهِ ، جَازَ بَيْعُهُ بِهِ مُتَفَاضِلًا ، وَمُتَمَاتِلًا ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ .

فصل : وَإِنْ بَاعَ شَيْئًا فِيهِ الرُّبَا ، بَعْضَهُ بِبَعْضٍ ، وَمَعَهُمَا ، أَوْ مَعَ أَحَدِهِمَا مِنْ
غَيْرِ جِنْسِهِ ، / كَمُدٍّ وَدِرْهَمٍ بِمُدٍّ وَدِرْهَمٍ ، أَوْ بِمُدَّيْنِ ، أَوْ بِدِرْهَمَيْنِ . أَوْ بَاعَ شَيْئًا
مُحَلِّيً بِجِنْسٍ حَلِيِّتِهِ ، فَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تُسَمَّى مَسْأَلَةَ مُدٍّ عَجْوَةٍ . وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ
ذَلِكَ . نَصٌّ عَلَى ذَلِكَ أَحْمَدُ ، فِي مَوَاضِعَ كَثِيرَةٍ ، وَذَكَرَهُ قَدَمَاءُ الْأَصْحَابِ ، قَالَ
ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي السَّيْفِ الْمُحَلِّيِّ وَالْمِنْطَقَةِ وَالْمَرَاكِبِ الْمُحَلَّلَةِ بِجِنْسٍ مَا عَلَيْهَا :
لَا يَجُوزُ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَرَوَى هَذَا عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ،
وَشُرَيْحٍ ، وَابْنِ سِيرِينَ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَعَنْ أَحْمَدَ ،
رَوَايَةٌ أُخْرَى ، تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ ، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْمُفَرَّدُ أَكْثَرَ مِنَ الَّذِي

١٧٢/٤ ظ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « الْمَفْرَد » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

معه غيره ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه ، فإن مهنًا نقل عن أحمد في (٩) بيع الزبد باللبن ، يجوز ، إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن . وروى حرب ، قال : قلت لأحمد : دفعت دينارًا كوفيًا ودرهما ، وأخذت دينارًا شاميًا ، وزنهما سواء ، لكن الكوفي أوضع ؟ قال : لا يجوز ، إلا أن ينقص الدينار ، فيعطيه بحسابه فضة . وكذلك روى عنه محمد بن أبي حرب الجرجاني (١٠) . وروى الميموني أنه سأل : لا يشتري السيف والمنطقة حتى يفصلها ؟ فقال : لا يشتريها حتى يفصلها . إلا أن هذا أهون من ذلك ؛ لأنه قد يشتري أحد النوعين بالآخر يفصله (١١) . وفيه غير النوع الذي يشتري به ، فإذا كان من فضل الثمن ، إلا أن من ذهب إلى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله . قيل له : فما تقول أنت ؟ قال : هذا موضع نظير . وقال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن الدراهم المسيبية (١٢) ، بعضها صفر وبعضها فضة ، بالدراهم ؟ قال : لا أقول فيه شيئًا ، قال أبو بكر : روى هذه المسألة عن أبي عبد الله خمسة عشر نفسًا . كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل ، إلا الميموني . ونقل مهنًا كلامًا آخر . وقال حماد بن أبي سليمان ، وأبو حنيفة : يجوز . هذا كله إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره ، أو كان مع كل واحد منهما / من غير جنسه . وقال الحسن : ١٧٣/٤ و لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدراهم . وبه قال الشعبي والنخعي ، واحتج من أجاز ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة ، لم يحمل على الفساد ؛ لأنه لو اشترى لحمًا من قصاب ، جاز مع احتمال كونه ميتة . ولكن وجب حمله على أنه مذكي ، تصحيحًا للعقد . ولو اشترى من إنسان شيئًا ، جاز ، مع احتمال كونه

(٩) في م زيادة : « أن » .

(١٠) ترجمه ابن أبي يعلى ، في طبقات الخنابلة ٣٣١/١ . وهو في المطبوع منها : « محمد بن النقيب بن أبي حرب » ، وقال نقلًا عن الخلال : كان أحمد يكتبه ويعرف قدره ، عنده عن أبي عبد الله مسائل مشبعة كنت سمعتها منه .

(١١) في الأصل : « يفصل » .

(١٢) في الأصل : « المسيبة » . والمسيبية : دراهم من ضرب الإسلام عامتها ذهب إلا شيئًا فيها فضة . معجم البلدان ٥١٩/١ ، ومسائل الإمام أحمد ، لأبي داود ١٩٥ ، ١٩٦ ، النقود العربية ، للكرمل ١٥٠ .

غير ملكه ، ولا إذن له في بيعه ، تصحيحاً للعقد أيضاً . وقد أمكن التصحيح ههنا ، بجعل الجنس في مقابلة غير الجنس ، أو جعل غير الجنس في مقابلة الرائد على المثل . ولنا ، ما روى فضالة بن عبيد ، قال : أتى النبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز ، ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير . فقال النبي ﷺ : « لا ، حتى تميز بينهما » . قال : فردّه حتى ميز بينهما . رواه أبو داود^(١٣) . وفي لفظ رواه^(١٤) مسلم^(١٥) . قال : فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب وزناً بوزن » . ولأن العقد إذا جمع عوضين مختلفي الجنس ، وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر ، على قدر قيمة الآخر في نفسه ، فإذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض . بيانه ، أنه إذا اشترى عبدين ، قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة ، كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة ، والآخر ثلثها ، فلو ردّ أحدهما بعيب ، ردّه بقسطه من الثمن ، ولذلك إذا اشترى شقصاً^(١٦) وسيفاً بثمن ، أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن ، فإذا فعلنا هذا في من باع درهماً ومداً قيمته درهمان ، بمدّين قيمتهما ثلاثة ، حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مدّ . والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مدّ وثلث ، فهذا إذا تفاوتت القيم ، ومع التساوي يُجهل ذلك ؛ لأن التقويم ظنّ وتخمين ، والجهل بالتساوي كالعلم بعدمه في باب الربا ، ولذلك ، لم يجر بيع صبرة بصبرة ، بالظنّ والحرص . وقولهم : يجب تصحيح العقد . ليس كذلك ، بل يُحمل

(١٣) في : باب في حلية السيف تباع بالدرهم ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٣/٢ ، ٢٢٤ .
 كما أخرجه مسلم ، في : باب بيع القلادة فيها خرز وذهب ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٣/٣ .
 والترمذي ، في : باب ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب وخرز ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٦٠/٥ . والنسائي ، في : باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٥/٧ .
 (١٤) في م : « رواية » .

(١٥) في : باب بيع القلادة فيها خرز وذهب ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٣/٣ .

(١٦) الشقص ، بالكسر : السهم والنصيب .

على ما / يَتَقَضِيهِ من صِحَّةٍ وفسادٍ . ولذلك لو باع بِثَمَنِ وأُطْلِقَ ، وفي البلاد نُقُودٌ
بَطْلٌ ، ولم يُحْمَلْ على نَقْدٍ أَقْرَبِ البلادِ إليه ، أمّا إذا اشترى من إنسانٍ شَيْئًا ، فإنه
يَصِحُّ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مِلْكُهُ ؛ لأنَّ اليَدَ دَلِيلُ الْمِلْكِ . وإذا باعَ لَحْمًا فالظَّاهِرُ أَنَّهُ
مُذَكِّي ؛ لأنَّ الْمُسْلِمَ ، في الظَّاهِرِ ، لا يَبِيعُ الْمَيْتَةَ .

فصل : فأما إن باعَ نَوْعَيْنِ من مُخْتَلَفِي الْقِيَمَةِ من جِنْسٍ ، وَنَوْعٍ وَاحِدٍ من
ذلك الْجِنْسِ ، كَدِينَارٍ مَغْرِبِيٍّ وَدِينَارٍ سَابُورِيٍّ ، بِدِينَارَيْنِ مَغْرِبِيَّيْنِ ، أو دِينَارٍ
صَحِيحٍ وَدِينَارٍ قُرَاضَةٍ^(١٧) ، بِدِينَارَيْنِ صَحِيحَيْنِ ، أو قُرَاضَتَيْنِ ، أو حِنْطَةٍ حَمْرَاءَ
وَسَمْرَاءَ بَيِّضَاءَ ، أو ثَمَرًا بَرْنِيًّا وَمَعْقِلِيًّا بِإِبْرَاهِيمِيٍّ ، فإنه يَصِحُّ . قال أبو بكرٍ : وأومأ
إليه أحمدٌ . واختارَ القاضي أَبُو يَعْلَى ، أَنَّ الْحُكْمَ فِيهَا كَالْتِي قَبْلَهَا . وهو مذهبُ
مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ الْعَقْدَ يَقْتَضِي انْقِسَامَ الثَّمَنِ على عَوَضِهِ على حَسَبِ اخْتِلَافِهِ
في قِيَمَتِهِ كما ذَكَرْنَا . وَرَوَى عن أحمدَ مَنْعُ ذَلِكَ في النَقْدِ ، وَتَجْوِيزُهُ في الثَّمَنِ . نَقَلَهُ
أحمدُ بنُ القَاسِمِ ؛ لأنَّ الْأَنْوَاعَ في غيرِ الْأَثْمَانِ يَكْثُرُ اخْتِلَافُهَا ، وَيَشُقُّ تَمْيِيزُهَا ،
فَعَفِيَ عَنْهَا بِخِلَافِ الْأَثْمَانِ . ولنا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ،
وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ » . الْحَدِيثُ^(١٨) ، وَهَذَا يَدُلُّ على إِبَاحَةِ الْبَيْعِ عِنْدَ وَجُودِ
الْمُمَاثَلَةِ الْمُرَاعَاةِ ، وَهِيَ الْمُمَاثَلَةُ فِي الْمَوْزُونِ وَزَنَاوِ فِي الْمَكِيلِ كَيْلًا ، وَلأنَّ الْجَوْدَةَ
سَاقِطَةٌ في بَابِ الرَّبَوِّيَّاتِ ، فِيمَا قُوبِلَ بِجِنْسِهِ ، فِيمَا لو اتَّحَدَ النَّوْعُ في كُلِّ وَاحِدٍ
من الطَّرَفَيْنِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا اخْتَلَفَا ، وَاخْتِلَافُ الْقِيَمَةِ يَنْبَنِي على الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ ؛
لأنَّه باعَ ذَهَبًا بِذَهَبٍ مُتَسَاوِيًّا في الْوِزْنِ ، فَصَحَّ ، كما لو اتَّفَقَ النَّوْعُ ؛ وَإِنَّمَا يُقَسَّمُ
الْعَوَضُ على الْمُعَوَّضِ فِيمَا يَشْتَمِلُ على جِنْسَيْنِ ، أو في غيرِ الرَّبَوِّيَّاتِ ، بِدَلِيلِ مَا
لو باعَ نَوْعًا بِنَوْعٍ يَشْتَمِلُ على جَيِّدٍ وَرَدِيٍّ .

(١٧) القراضة : ما سقط بالقرض ، ومنه قراضة الذهب .

(١٨) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

فصل : وإن باع ما فيه الربا بغير جنسه ، ومعه من جنس ما يبيع به ، إلا أنه غير مقصود ، كدار مموه سقفها بالذهب ، جاز . لا أعلم فيه خلافا . وكذلك لو باع دارا بدار مموه سقف كل واحدة منها بذهب أو فضة ، جاز ؛ لأن ما فيه الربا غير مقصود بالبيع . فوجوده^(١٩) كعدمه . وكذلك لو اشترى عبدا له مال ، فاشترط ماله وهو من جنس الثمن ، جاز إذا كان المال غير مقصود ، ولو اشترى عبدا بعبد ، واشترط كل واحد منهما مال العبد الذي اشتراه ، جاز إذا لم يكن ماله مقصودا ؛ لأنه غير مقصود بالبيع ، فأشبه التموية في السقف ، ولذلك لا تشتراط رؤيته في صحة البيع ولا لزومه ، وإن باع شاة ذات لبن بلبن ، أو عليها صوف بصوف ، أو باع لبونا بلبون ، وذات صوف بمثلها ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، الجواز ، اختاره ابن حامد ، وهو قول أبي حنيفة ، وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة ؛ لأن ما فيه الربا غير مقصود ، فلم يمنع ، كالدار المموه سقفها . الثاني ، المنع ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه ، أشبه الحيوان باللحم ، والفرق بينهما ، أن اللحم في الحيوان مقصود بخلاف اللبن ، ولو كانت الشاة مخلوبة اللبن ، جاز بيعها بمثلها ولبن وجهها واحدا ؛ لأن اللبن لا أثر له ، ولا يقابله شيء من الثمن ، فأشبه الملح في الشيرج والخبز والجبن ، وحبات الشعير في الحنطة ، ولا أعلم فيه أيضا خلافا ، وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة ، جاز بكل حال . ولو باع نخلة عليها تمر بتمر ، أو بنخلة عليها تمر ، ففيه أيضا وجهان ؛ أحدهما ، الجواز . اختاره أبو بكر ؛ لأن التمر غير مقصود بالبيع . والثاني ، لا يجوز . (٢٠) ووجه الوجهين^(٢٠) ما ذكرناه في المسألة قبلها . واختار القاضي أنه لا يجوز ، وفرق بينهما وبين الشاة ذات اللبن ، بكون الثمرة يصح إفرادها بالبيع وهي معلومة ، بخلاف اللبن في الشاة ، وهذا الفرق غير مؤثر ، فإن ما يمنع

(١٩) في م : « فوجوده » . خطأ .

(٢٠ - ٢٠) في م : « ووجه الوجهان » .

إذا جازَ إفراده يَمْنَعُ ، وإن لم يَجُزْ إفراده ، كالسَّيفِ الْمُحَلَّى يُباعُ بِجِنْسِ حِلْيَتِهِ ،
ومالا يَمْنَعُ لا يَمْنَعُ ، وإن جازَ إفراده ، كإل العبد .

فصل : وإن باعَ جِنْسًا فِيهِ الرُّبَا بِجِنْسِهِ ، ومع كُلِّ واحدٍ من غيرِ جِنْسِهِ غيرَ
مَقْصُودٍ ، فَذلك يَنْقَسِمُ أَقْسامًا ؛ أَحدها ، أن يكونَ غيرَ المَقْصُودِ يَسِيرًا ، لا يُؤَثِّرُ
في كَيْلٍ ولا وَزْنٍ ، كالْمِلْحِ فيما يُعْمَلُ فِيهِ ، وَحَبَّاتِ الشَّعِيرِ في الحِنْطَةِ ، فلا يَمْنَعُ ؛
لأنَّهُ يَسِيرٌ / لا يُخْلُ بالتَّمائِلِ ، وكذلك لو وُجِدَ في أَحَدِهِما دونَ الآخرِ ، لم يَمْنَعُ
لذلك ، ولو باعَ ذلكَ بِجِنْسٍ غيرِ المَقْصُودِ الذي معه ، مثلُ أن يَبِيعَ الحُبْزَ بِالْمِلْحِ ،
جازَ ؛ لأنَّ وُجُودَ ذلكَ كَعَدَمِهِ . الثاني ، أن يكونَ غيرَ المَقْصُودِ كَثِيرًا ، إِلَّا أَنَّهُ
لِمَصْلَحَةِ المَقْصُودِ ، كالماءِ في خَلِّ التَّمْرِ ، والرَّيْبِ ، ودُبْسِ التَّمْرِ ، فهذا يَجُوزُ
بِيعُ الشَّيْءِ مِنْهُ بِمِثْلِهِ ، وَيُنْزَلُ خِلْطُهُ مَنْزِلَةَ رُطوبَتِهِ ؛ لِكُونِهِ مِنْ مَصْلَحَتِهِ ، فلا يَمْنَعُ
مِنْ بَيْعِهِ بِما يُمِثِّلُهُ ، كالرُّطْبِ بالرُّطْبِ ، ولا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِما لَيْسَ فِيهِ خِلْطٌ ، كَبَيْعِ
خَلِّ العِنَبِ بِخَلِّ الرَّيْبِ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى التَّفَاضُلِ ، فَجَرَى مَجَرَى بَيْعِ التَّمْرِ بِالرُّطْبِ ،
وَمَنَعَ الشَّافِعِيُّ ذلكَ كُلَّهُ إِلَّا بَيْعَ الشَّيْخِ بِالشَّيْخِ ؛ لِكُونِ الماءِ لا يَظْهَرُ في الشَّيْخِ .
الثالث ، أن يكونَ غيرَ المَقْصُودِ كَثِيرًا ، وليس مِنْ مَصْلَحَتِهِ ، كاللَّبَنِ المَشُوبِ
بالماءِ ، والأَثْمَانِ المَغْشُوشَةِ بِغَيْرِها ، فلا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِها بِبَعْضٍ ؛ لأنَّ خِلْطَهُ لَيْسَ
مِنْ مَصْلَحَتِهِ ، وَهُوَ يُخْلُ بالتَّمائِلِ المَقْصُودِ فِيهِ ، وإن باعَهُ بِجِنْسٍ غيرِ المَقْصُودِ ،
كَبَيْعِ الدِّينارِ المَغْشُوشِ بِالْفِضَّةِ بالدراهمِ ، اِحْتَمَلَ الجَوازَ ؛ لأنَّهُ يَبِيعُهُ بِجِنْسٍ غيرِ
مَقْصُودٍ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَ اللَّبَنِ بِشَاةٍ فِيها لَبَنٌ ، وَيَحْتَمِلُ المَنعَ بِنَاءً عَلَى الوَجْهِ الآخرِ في
الأَصْلِ . وإن باعَ دِينَارًا مَغْشُوشًا بِمِثْلِهِ ، والغِشُّ مِنْهُما^(٢١) مُتفاوتٌ ، أو غيرُ
مَعْلُومِ المِقْدَارِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّهُ يُخْلُ بالتَّمائِلِ المَقْصُودِ . وإن عَلِمَ التَّساوِي في
الذَّهَبِ والعَيْنِ^(٢٢) الذي فِيهِما ، نُحَرِّجُ عَلَى الوَجْهَيْنِ ، أَوَلَهُما الجَوازُ ؛ لَأَنَّهُما

(٢١) في م : « فيها » .

(٢٢) في م : « الغش » .

تَمَثَّلًا فِي الْمَقْصُودِ وَفِي غَيْرِهِ ، وَلَا يُفْضَى إِلَى التَّفَاضُلِ بِالتَّوْزِيعِ بِالْقِيَمَةِ ؛ لِكَوْنِ
الْغِشِّ غَيْرَ مَقْصُودٍ ، فَكَأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ .

فصل : وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ دَرَاهِمًا ، فَقَالَ : أُعْطِنِي بِنِصْفِ هَذَا الدَّرَاهِمِ نِصْفَ دَرَاهِمٍ ،
وَبِنِصْفِهِ فُلُوسًا ، أَوْ حَاجَةً أُخْرَى . جَازَ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى نِصْفًا بِنِصْفٍ ، وَهُمَا
مُتَسَاوِيَانِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ دَرَاهِمَيْنِ ، وَقَالَ : بِغِنَى هَذَا الدَّرَاهِمِ فُلُوسًا ،
وَأُعْطِنِي بِالْآخِرِ نِصْفَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : أُعْطِنِي بِهَذَا الدَّرَاهِمِ نِصْفًا وَفُلُوسًا . جَازَ
أَيْضًا ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ ذَلِكَ ، وَلَآنَ ذَلِكَ لَا يُفْضَى إِلَى التَّفَاضُلِ بِالتَّوْزِيعِ بِالْقِيَمَةِ ؛ فَإِنَّ قِيَمَةَ
النِّصْفِ / الذِي فِي الدَّرَاهِمِ ، كَقِيَمَةِ النِّصْفِ الذِي مَعَ الْفُلُوسِ يَقِينًا ، وَقِيَمَةُ
الْفُلُوسِ ، كَقِيَمَةِ النِّصْفِ الْآخَرِ ، سَوَاءٌ . ١٧٥/٤ و

فصل : وَمَا كَانَ مُشْتَمِلًا عَلَى جِنْسَيْنِ بِأَصْلِ الْخِلْقَةِ ، كَالْتَّمْرِ الذِي اشْتَمَلَ عَلَى
النَّوَى وَمَا عَلَيْهِ ، وَالْحَيَوَانِ الْمُشْتَمِلِ عَلَى لَحْمٍ وَشَحْمٍ وَغَيْرِهِ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ ،
فَهَذَا إِذَا قُبِلَ بِمِثْلِهِ ، جَازَ بَيْعُهُ بِهِ ، وَلَا نَظَرَ إِلَى مَا فِيهِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ بَيْعَ
التَّمْرِ بِالتَّمْرِ ^(٢٣) ، وَالْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ ^(٢٤) . وَقَدْ عَلِمَ اشْتِمَالُهُمَا ^(٢٥) عَلَى مَا فِيهِمَا ،
وَلَوْ بَاعَ ذَلِكَ بِنَوْعٍ غَيْرِ مَقْصُودٍ فِيهِ ، كَبَيْعِ التَّمْرِ الذِي فِيهِ النَّوَى بِالنَّوَى ، فَفِيهِ
عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَتَانِ ، قَدْ ذَكَرْنَاهُمَا فِيمَا مَضَى ، فَأَمَّا الْعَسَلُ قَبْلَ تَصْنِيفِهِ ، فَقَالَ
أَصْحَابُنَا : لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ ؛ لِاشْتِمَالِهِ عَلَى عَسَلٍ وَشَمْعٍ ، وَذَلِكَ بِفِعْلِ
النَّحْلِ ، فَاشْتَبَهَ السِّيفَ الْمُحَلَّى .

فصل : وَيُحَرِّمُ الرَّبَا فِي دَارِ الْحَرْبِ ، كَتَحْرِيمِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ،
وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجْرِي الرَّبَا

(٢٣) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٢٤) تقدم تخريجه في صفحة ٦٥ .

(٢٥) في م : « اشتهاها » .

بين مُسْلِمٍ وَحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الْحَرْبِ . وَعنه فِي مُسْلِمَيْنِ أَسْلَمَا فِي دَارِ الْحَرْبِ ، لَا رَبًّا بينهما . لَمَّا رَوَى مَكْحُولٌ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا رَبًّا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الْحَرْبِ فِي دَارِ الْحَرْبِ » (٢٦) . وَلأنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ ، وَإِنَّمَا حَظَرَهَا الْأَمَانُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَمَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ كَانَ مُبَاحًا . وَلنا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ (٢٧) . وَقَوْلُهُ : ﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ﴾ (٢٧) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَلَا تَزُولُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا ﴾ (٢٨) . وَعُمُومُ الْأَخْبَارِ يَقْتَضِي تَحْرِيمَ التَّفَاضُلِ . وَقَوْلُهُ : « مَنْ زَادَ أَوْ أَزَادَ فَقَدْ أَرَبَى » (٢٩) . عَامٌّ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَحَادِيثِ . وَلأنَّ مَا كَانَ مُحَرَّمًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَانَ مُحَرَّمًا فِي دَارِ الْحَرْبِ ، كَالرِّبَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ، وَخَبَرُهُمْ مُرْسَلٌ لَا نَعْرِفُ صِحَّتَهُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ النَّهْيَ عَنْ ذَلِكَ ، وَلَا يَجُوزُ تَرْكُ مَا وَرَدَ بِتَحْرِيمِهِ الْقُرْآنُ ، وَتَظَاهَرَتْ بِهِ السُّنَّةُ ، وَانْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ عَلَى تَحْرِيمِهِ ، بِخَبَرٍ مَجْهُولٍ ، لَمْ يَرِدْ فِي صَحِيحٍ ، وَلَا مُسْنَدٍ ، وَلَا كِتَابٍ مَوْثُوقٍ بِهِ ، وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ مُرْسَلٌ مُحْتَمِلٌ . (٣٠) وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ : « لَا رَبًّا » . النَّهْيَ عَنِ الرِّبَا ، كَقَوْلِهِ : ﴿ فَلَا رَفْتَ وَلَا فَسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ ﴾ (٣١) ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْإِبَاحَةِ مُنْتَقِضٌ بِالْحَرْبِيِّ إِذَا دَخَلَ دَارَ الْإِسْلَامِ / ، فَإِنْ مَالُهُ مُبَاحٌ ، إِلَّا فِيمَا حَظَرَهُ الْأَمَانُ ، وَيُمْكِنُ حَمْلُهُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى هَيْئَةِ (٣٢) التَّفَاضُلِ ، وَهُوَ مُحَرَّمٌ بِالْإِجْمَاعِ ، فَكَذَا هُنَا .

(٢٦) قَالَ الزَّيْلَعِيُّ : غَرِيبٌ ، وَأَسْنَدُ الْبَيْهَقِيِّ فِي كِتَابِ السَّيْرِ عَنِ الشَّافِعِيِّ ، قَالَ : قَالَ أَبُو يُوسُفَ : إِنَّمَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ هَذَا لِأَنَّهُ بَعْضُ الْمَشِيخَةِ حَدَّثَهُ عَنْ مَكْحُولٍ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَا رَبًّا بَيْنَ أَهْلِ الْحَرْبِ » ، أَظَنَّهُ قَالَ : « وَأَهْلُ الْإِسْلَامِ » . قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَهَذَا لَيْسَ بِثَابِتٍ ، وَلَا حُجَّةَ فِيهِ أَنْتَهَى كَلَامَهُ . نَصَبُ الرَّايَةِ ٤/٤٤ .

(٢٧) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٧٥ .

(٢٨) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٧٨ .

(٢٩) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٥٤ .

(٣٠ - ٣٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣١) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ١٩٧ .

(٣٢) فِي م : « هِبَةٌ » .

٧١٤ - مسألة ؛ قال : (وإذا اشترى ذهباً بورق عينا بعين ، فوجد أحدهما فيما اشتراه عينا ، فله الخيار بين أن يرده أو يقبل ، إذا كان بصرف يومه ، وكان العيب يدخل^(١) عليه من غير جنسه)

معنى قوله : « عينا بعين » هو أن يقول : بعثك هذا الدينار بهذه الدراهم . ويشير إليهما ، وهما حاضيران ، وبغير عينه ، أن يوقع العقد على موصوف غير مشار إليه ، فيقول : بعثك دينارا مصرى بعشرة دراهم ناصرية . وإن وقع القبض في المجلس ، وقد يكون أحد العوضين معيناً دون الآخر ، وكل ذلك جائز . والمشهور في المذهب ، أن النكود تتعين بالتعيين في العقود ، فيثبت الملك في أعيانها ، فعلى هذا إذا تبايعا ذهباً بفضة مع التعيين فيهما ، ثم تقابضا ، فوجد أحدهما بما قبضه عينا ، لم يخل من قسمين ؛ أحدهما ، أن يكون العيب غشاً من غير جنس المبيع ، مثل أن يجد الدراهم رصاصاً ، أو نحاساً ، أو فيه شيء من ذلك ، أو الدينار مسحاً ، فالصرف باطل . نص عليه أحمد ، وهو قول الشافعي ، وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات ؛ إحداها ، البيع باطل . والثانية ، البيع صحيح ؛ لأن البيع وقع على عينه ، وللمشتري الخيار بين الإنسائك ، أو الرد ، وأخذ البذل . والثالثة ، يلزمه العقد ، وليس له رده ، ولا بدله . ولنا ، أنه باعه غير ما سمى له ، فلم يصح ، كما لو قال : بعثك هذه البعلة . فإذا هو حمار ، أو هذا الثوب القز . فوجدته كتناً . وأما القول بأنه يلزمه المبيع ، فغير صحيح . فإن اشترى معيناً لم يعلم عينه ، فلم يلزمه ذلك بغير أرش^(٢) ، كسائر المبيعات . ثم إن أبا بكر يقول في من دلس العيب : لا يصح بيعه مع وجود ذات المسمى في البيع . فهنا مع اختلاف^(٣) الذات أولى . القسم الثاني ، أن يكون العيب من جنسه ، مثل كون الفضة سوداء ، أو خسنة تنفطر عند

(١) في الأصل : « ليس بدخيل » .

(٢) الأرش : ما نقص العيب من الشيء ، وما يدفع بين السلامة والعيب في السلع .

(٣) في الأصل : « اختلال » .

الضرب ، أو سكتها مخالفة / لسكة السلطان ، فالعقد صحيح ، والمشتري مخير ١٧٦/٤ و
 بين الإمساك وبين فسخ العقد والرد ، وليس له البذل ؛ لأن العقد واقع على عينه ،
 فإذا أخذ غيره ، أخذ ما لم يشتره ، وإن قلنا : إن التقد لا يتعين بالتعيين في العقد .
 فله أخذ البذل ، ولا يطل العقد ؛ لأن الذي قبضه ليس هو المعقود عليه ، فأشبهه
 السلم إذا قبضه ، فوجد به عيبا . وإن كان العيب في بعضه ، فله رد الكل أو إمساكه .
 وهل له رد المعيب ، وإمساك الصحيح ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفة ،
 والحكم فيما إذا كان العوضان من جنس واحد ، كالحكم في الجنس ، على ما
 ذكرنا . لكن يتخرج على قول من منع بيع النوعين بنوع واحد من ذلك الجنس ،
 أنه إذا وجد بعض العوض معيبا ، أن يطل العقد في الجميع ؛ لأن الذي يقابل المعيب
 أقل من الذي يقابل الصحيح ، فيصير كمسألة مد عجوّة . ومذهب الشافعي مثل
 ما ذكرنا في هذا الفصل ، سواء .

فصل : ولو أراد أخذ أرض العيب ، والعوضان في الصرف من جنس واحد ،
 لم يجز ؛ لحصول الزيادة في أحد العوضين ، وفوات المماثلة المشترطة في الجنس
 الواحد ، وخروج القاضى وجهها بجواز أخذ الأرض في المجلس ؛ لأن الزيادة طرأت
 بعد العقد ، وليس لهذا الوجه وجه . فإن أرض العيب من العوض ، يجبر به في
 المراجعة ، ويأخذ به الشفيع ، ويرد به^(٤) ، إذا رد المبيع بفسخ ، أو إقالة ، ولو
 لم يكن من العوض ، فبأي شيء استحققه المشتري ؟ فإنه ليس بهبة ، على أن الزيادة
 في المجلس من العوض ، ولو لم يكن أرضا ، فالأرض أولى . وإن كان الصرف
 بغير جنسه ، فله أخذ الأرض في المجلس ؛ لأن المماثلة غير معتبرة ، وتختلف
 قبض بعض العوض عن بعض ما دام في المجلس ، لا يضرب ، فجاز ، كما في سائر
 البيع ، وإن كان بعد التفريق ، لم يجز ؛ لأنه يفضى إلى حصول التفريق قبل القبض
 لأحد العوضين ، إلا أن يجعل الأرض من غير جنس الثمن ، كأنه أخذ أرض عيب

(٤) سقط من : الأصل .

الفِضَّةُ قَفِيزَ حِنْطَةٍ . فيجوزُ ، وكذلك الحُكْمُ في سائرِ أموالِ الرِّبَا فيما يَبِيعُ بِجِنْسِهِ ،
أو بغيرِ جِنْسِهِ ، مما يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ ، فإذا / كان الأَرْضُ مِمَّا لَا يُشْتَرَطُ قَبْضُهُ ^(٥) ،
كَمَنْ باعَ قَفِيزَ حِنْطَةٍ بِقَفِيزِ شَعِيرٍ ، فَوَجَدَ أَحَدَهُمَا عَيْبًا فَأَخَذَ أَرْضَهُ دَرَهْمًا ، جازَ ،
وإن كان بعد التَّفَرُّقِ ؛ لأنَّه لم يَحْصُلِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ قَبْضِ ما شُرْطُ ^(٦) فِيهِ الْقَبْضُ .
فصل : قولُ الخِرَقِيِّ : « إذا كان بِصَرَفٍ يَوْمِهِ » . يَعْنِي الرَّدُّ جَائِزٌ ، ما لم يَنْتَقِصْ
قِيَمَةُ ما أَخَذَهُ مِنَ التَّقْدِيعِ عَنْ قِيَمَتِهِ يَوْمَ اصْطَرَفَا ، فإن نَقَصَتْ قِيَمَتُهُ ، كأن أَخَذَ عَشْرَةَ
بَدِينَارٍ ، فَصَارَتْ أَحَدَ عَشَرَ بَدِينَارٍ ، فظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ والخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ
الرَّدُّ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ ؛ لِنَقْصِ قِيَمَتِهِ ، وإن كَانَتْ قِيَمَتُهُ قَدْ زَادَتْ ، مثل
أَنْ صَارَتْ تِسْعَةَ بَدِينَارٍ ، لم يَمْنَعِ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ ، وليس بِعَيْبٍ . والصَّحِيحُ
أَنْ هَذَا لَا يَمْنَعُ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّ تَغْيِيرَ السَّعْرِ لَيْسَ بِعَيْبٍ ، ولهذا لَا يُضْمَنُ فِي الْعَصَبِ ،
وَلَا يَمْنَعُ مِنَ الرَّدِّ ^(٧) بِالْعَيْبِ فِي الْقَرْضِ . ولو كان عَيْبًا ، فإنَّ ظَاهِرَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ
إِذَا تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، ثم ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ قَدِيمٍ ، فله رَدُّهُ ، وَرَدُّ أَرْضِ
الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ ، وَأَخَذَ الثَّمَنِ .

فصل : وإن تَلَفَ الْعَوْضُ فِي الصَّرَفِ بَعْدَ الْقَبْضِ ، ثم عَلِمَ عَيْبَهُ ، فَسَخَّ الْعَقْدَ ،
وَرَدَّ الْمَوْجُودَ ، وَتَبَقَّى قِيَمَةُ الْعَيْبِ فِي ذِمَّةٍ مِنَ تَلَفٍ فِي يَدِهِ ، فِيرَدُّ مِثْلَهَا ، أَوْ عَوْضَهَا
إِنْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ، سواءً كان الصَّرَفُ بِجِنْسِهِ أَوْ بغيرِ جِنْسِهِ . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ،
وهو قولُ الشَّافِعِيِّ . قال ابنُ عَقِيلٍ : وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ جَوَازُ أَخْذِ الْأَرْضِ ، وَالْأَوَّلُ
أَوْلَى ، إِلَّا أَنْ يَكُونَا فِي الْمَجْلِسِ ، وَالْعَوْضَانِ مِنْ جِنْسَيْنِ .

فصل : إذا عَلِمَ ^(٨) الْمُصْطَرِفُ أَنَّ قَدَرَ الْعَوْضَيْنِ ، جازَ أَنْ يَتَّبَاعِيَا بغيرِ وَزْنٍ .
وكذلك لو أَخْبَرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ بِوَزْنٍ ما معه ، فَصَدَّقَهُ ، فإذا باعَ دِينَارًا بِدِينَارٍ
كَذَلِكَ ، وافْتَرَقَا ، فَوَجَدَ أَحَدُهُمَا ما قَبَضَهُ نَاقِصًا ، بَطَلَ الصَّرَفُ ؛ لِأَنَّهُمَا تَبَاعِيَا

(٥) في الأصل : « فِيهِ » .

(٦) في الأصل : « يَشْتَرَطُ » .

(٧) في الأصل بعد هذا : « وَلَا مِنَ الرَّدِّ » .

(٨) في الأصل : « عَرَفَ » .

ذَهَبًا بِذَهَبٍ مُتَفَاضِلًا ، فَإِنْ وَجَدَ أَحَدُهُمَا فِيمَا قَبَضَهُ زِيَادَةً عَلَى الدِّينَارِ ، نَظَرَتْ فِي الْعَقْدِ ، فَإِنْ كَانَ قَالَ : بِعْتُكَ هَذَا الدِّينَارَ بِهَذَا . فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ ذَهَبًا بِذَهَبٍ مُتَفَاضِلًا ، وَإِنْ قَالَ : بِعْتُكَ دِينَارًا بِدِينَارٍ . ثُمَّ تَقَابَضَا ، كَانَ الزَّائِدُ فِي يَدِ الْقَابِضِ مُشَاعًا مَضْمُونًا لِمَالِكِهِ ؛ / لِأَنَّهُ قَبَضَهُ عَلَى أَنَّهُ عَوَاضٌ ، وَلَمْ يَفْسُدِ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا بَاعَ دِينَارًا بِمِثْلِهِ ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الْقَبْضُ لِلزِّيَادَةِ عَلَى الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ أَرَادَ دَفْعَ عَوَاضِ الزَّائِدِ ، جَازَ ، سِوَاءَ كَانَ مِنْ جِنْسِهِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مُبْتَدَأَةٌ ، وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا الْفَسْخَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ آخِذَ الزَّائِدِ وَجَدَ الْمَبِيعَ مُخْتَلِطًا بِغَيْرِهِ مَعِيًّا بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ ، وَدَافِعُهُ لَا يَلْزِمُهُ أَخْذُ عَوَاضِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَجْلِسِ ، فَيُرَدُّ الزَّائِدُ ، وَيُدْفَعُ بَدَلُهُ . وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ عَشْرَةُ دنانيرَ ، فَوَفَاهُ عَشْرَةُ عَدَدًا ، فَوَجَدَهَا أَحَدَ عَشَرَ ، كَانَ هَذَا الدِّينَارُ الزَّائِدُ فِي يَدِ الْقَابِضِ مُشَاعًا مَضْمُونًا لِمَالِكِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ عَلَى أَنَّهُ عَوَاضٌ عَنْ مَالِهِ ، فَكَانَ مَضْمُونًا بِهَذَا الْقَبْضِ ، وَلِمَالِكِهِ التَّصَرُّفُ فِيهِ كَيْفَ شَاءَ .

فصل : والدَّراهِمُ والدَّنانيرُ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فِي الْعَقْدِ ^(٩) ، بِمَعْنَى أَنَّهُ يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِالْعَقْدِ فِيمَا عَيْنَاهُ ، وَيَتَعَيَّنُ عَوَاضًا فِيهِ ، فَلَا يَجُوزُ إِبْدَالُهُ ، وَإِنْ خَرَجَ مَعْصُوبًا ، بَطَلَ الْعَقْدُ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ بِالْعَقْدِ ، فَيَجُوزُ إِبْدَالُهَا ، وَلَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِخُرُوجِهَا مَعْصُوبَةً . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِطْلَاقُهَا فِي الْعَقْدِ ، فَلَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فِيهِ ، كَالْمِكْيَالِ وَالصَّنَجَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَوَاضٌ فِي عَقْدٍ ، فَيَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ كَسَائِرِ الْأَعْوَاضِ ، وَلِأَنَّهُ أَحَدُ الْعَوَاضِينَ فَيَتَعَيَّنُ ^(١٠) كَالْآخَرِ ، وَيُفَارِقُ مَا ذَكَرُوهُ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَوَاضٍ ، وَإِنَّمَا يُرَادُ لَتَقْدِيرِ الْعُقُودِ عَلَيْهِ ، وَتَعْرِيفِ قَدْرِهِ ، وَلَا يَثْبُتُ فِيهَا الْمِلْكُ بِحَالٍ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

(٩) فِي م : « النِّقْد » .

(١٠) فِي م : « فَيَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ » .

٧١٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَبَايَعَا ذَلِكَ بغير عَيْنِهِ ، فَوَجَدَ أَحَدُهُمَا فِيمَا اشْتَرَاهُ عَيًّا ، فَلَهُ الْبَدَلُ ، إِذَا كَانَ الْعَيْبُ لَيْسَ بِدَخِيلٍ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، كَالْوَضُوحِ فِي الذَّهَبِ وَالسَّوَادِ فِي الْفِضَّةِ)

يعنى اضطرفا في الذمة ، نحو أن يقول : بعثك دينارا مصريا بعشرة دراهم . فيقول الآخر : قبلت . فيصح البيع^(١) ، سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما ، أو لم يكونا ، إذا تقابضا قبل الافتراق ، بأن يستقرضا أو غير ذلك . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وحكى عن مالك ، لا يجوز الصرف ، إلا أن تكون العينان / حاضرتين . وعنه ، لا يجوز حتى تظهر إحدى العينين ، وتعين . وعن زفر مثله ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لَا تَبِيعُوا غَائِبًا مِنْهَا بِنَاجِرٍ »^(٢) . ولأنه إذا لم يُعَيَّنْ أَحَدُ الْعَوَضَيْنِ ، كان بيع ديني بدني ، وهو غير جائز . ولنا ، أنهما تقابضا في المجلس ، فصَحَّ ، كما لو كانا حاضرتين . والحديث يُرادُّ به أن لا يُباعَ عاجِلٌ بِأَجَلٍ ، أو مقبوضٌ بغير مقبوض ؛ بدليل ما لو عيَّنَ أَحَدُهُمَا ، فإنه يَصِحُّ ، وإن كان الآخر غائبا ، والقبض في المجلس يجرى مجرى القبض حالة العقد ، ألا ترى إلى قوله : « عَيْنًا بَعِينٍ »^(٣) . « يَدَا بَيْدٍ »^(٤) . والقبض يجرى في المجلس ، كذا التَّعِينُ . فإذا ثَبَتَ هذا ، فلا بُدَّ من تَعْيِينِهِمَا بِالتَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ ، ومتى تقابضا ، فوجد أحدهما بما قبضه عيًّا قبل التفريق ، فله المطالبة بالبذل ، سواء كان العيب من جنسه ، أو من غير جنسه ؛ لأن العقد وقع على مطلق ، لا عيب فيه ، فله المطالبة بما وقع عليه العقد ، كالمسلم فيه . وإن رضي به بعيه ، والعيب من جنسه ، جاز ، كما لو رضي بالمسلم فيه معيًّا ، وإن اختار أخذ الأرض^(٥) ، فإن كان العوضان من جنس واحد ، لم يَجُزْ ؛ لإفضائه

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٥٣ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٤) في الأصل : « أرشه » .

إلى التفاضل فيما يُشترط فيه التماثل ، وإن كانا من جنسين ، جاز . فأما إن تقابضا
وافترقا ، ثم وجد العيب من جنسه ، فله إبداله في إحدى الروايتين . اختارها
الحلال ، والخرقى . وروى ذلك عن الحسن ، وقتادة . وبه قال أبو يوسف ومحمد ،
وهو أحد قولَي الشافعي ؛ لأن ما جاز إبداله قبل التفريق ، جاز بعده ، كالمسلم
فيه . والرواية الثانية ، ليس له ذلك ، وهو قول أبي بكر ، ومذهب أبي حنيفة ،
والقول الثاني للشافعي ؛ لأنه يقبضه بعد التفريق ، ولا يجوز ذلك في الصرف ، ومن
صار إلى الرواية الأولى قال : قبض الأول صح به العقد ، وقبض الثاني يدل على
الأول . ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الرد ، فإن تفرقا من غير قبض بطل
العقد ، وإن وجد البعض رديئا فردّه ، فعلى الرواية الأولى ، له البدل ، وعلى الثانية ،
يبتطل في المردود . وهل يصح فيما لم يرد ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفة ،
ولا فرق بين كون المبيع / من جنس أو من جنسين . وقال مالك : إن وجد درهما
زيفاً فريضته به ، جاز ، وإن رده ، انتقض الصرف في دينار ، وإن ردّ أحد عشر
درهماً ، انتقض الصرف في دينارين ، وكلما زاد على دينار ، انتقض الصرف في دينار
آخر . ولنا ، أن ما لا عيب فيه لم يرد ، فلم ينتقض الصرف فيما يقابله ، كسائر
العوض . وإن اختار وجد العيب الفسخ ، فعلى قولنا له البدل ، ليس له الفسخ
إذا أبدل له ؛ لأنه يمكنه أخذ حقه غير معيب ، وعلى الرواية الأخرى ، له الفسخ ،
أو الإمساك في الجميع ؛ لأنه تعذر عليه الوصول إلى ما عقد عليه مع إبقاء العقد .
فإن اختار أخذ أرض العيب بعد التفريق ، لم يكن له ذلك ؛ لأنه عوض يقبضه
بعد التفريق عن الصرف ، إلا على الرواية الأخرى .

فصل : ومن شرط المصارفة في الذمة ، أن يكون العوضان معلومين ، إما بصفة
يتميزان بها ، وإما أن يكون للبلد نقد معلوم أو غالب ، فينصرف الإطلاق إليه .
ولو قال : بعثك ديناراً^(٥) مصرياً بعشرين درهماً من نقد عشرة بدینار . لم يصح ،

(٥) سقط من : الأصل .

إِلَّا أَنْ لَا يَكُونَ فِي الْبَلَدِ ثَقْدُ عَشْرَةِ دِينَارٍ ، إِلَّا تَوْعُّ وَاحِدٌ ، فَتَنْصَرِفُ تِلْكَ الصَّفَّةُ إِلَيْهِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْبَيْعِ .

فصل : إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ فِي ذِمَّةِ رَجُلٍ ذَهَبٌ ، وَلِلْآخَرِ عَلَيْهِ دِرَاهِمٌ ، فَاصْطَرَفَا^(٧) بَمَا فِي ذِمَّتِهِمَا ، لَمْ يَصِحَّ ، وَبِهَذَا قَالَ اللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحَكَى ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ عَنْ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ جَوَازَهُ ؛ لِأَنَّ الذِّمَّةَ الْحَاضِرَةَ كَالْعَيْنِ الْحَاضِرَةِ ؛ وَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَ الدَّرَاهِمَ بِدَنَانِيرٍ^(٨) مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبِيعُ دَيْنَ يَدَيْنِ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ بَيْعَ الدَّيْنِ بِالْدَّيْنِ لَا يَجُوزُ . وَقَالَ أَحْمَدُ : إِنَّمَا هُوَ إِجْمَاعٌ . وَقَدْ رَوَى أَبُو عُبَيْدٍ فِي « الْغَرِيبِ »^(٩) ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ . وَفَسَّرَهُ بِالْدَّيْنِ بِالْدَّيْنِ . إِلَّا أَنَّ الْأَثَرَمَ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ : أَيُصَحُّ فِي هَذَا حَدِيثٌ ؟ قَالَ : لَا . وَإِنَّمَا صَحَّ الصَّرْفُ بِغَيْرِ تَعْيِينٍ ، بِشَرْطِ أَنْ يَتَقَابِضَا فِي الْمَجْلِسِ ، فَجَرَى الْقَبْضُ وَالتَّعْيِينُ فِي الْمَجْلِسِ مَجْرَى وَجُودِهِ حَالَةَ الْعَقْدِ . وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَنَانِيرٌ ، فَقَضَاهُ دِرَاهِمَ شَيْئًا بَعْدَ شَيْءٍ نَظَرَتْ ، فَإِنْ كَانَ يُعْطِيهِ كُلُّ دِرْهَمٍ بِحِسَابِهِ مِنَ الدَّيْنَارِ ، / صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ، ثُمَّ تَحَاسَبَا بَعْدَ ذَلِكَ^(١٠) ، فَصَارَفَهُ بِهَا وَقَتَ الْمُحَاسَبَةِ ، لَمْ يَجْزُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الدَّنَانِيرَ دَيْنٌ ، وَالدَّرَاهِمَ صَارَتْ دَيْنًا ، فَيَصِيرُ بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . وَإِنْ قَبَضَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ مَالَهُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ صَارَفَهُ بِعَيْنٍ وَذِمَّةٍ ، صَحَّ . وَإِذَا أَعْطَاهُ الدَّرَاهِمَ شَيْئًا بَعْدَ شَيْءٍ ، وَلَمْ يَقْضِهِ ذَلِكَ وَقَتَ دَفْعِهَا إِلَيْهِ ، ثُمَّ أَحْضَرَهَا ، وَقَوْمَاهَا^(١١) ، فَإِنَّهُ يَحْتَسِبُ بِقِيمَتِهَا يَوْمَ الْقَضَاءِ ، لَا يَوْمَ دَفْعِهَا إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا قَبْلَ

١٧٨/٤ ظ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « وَاصْطَرَفَا » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « بِدِينَارٍ » .

(٩) غَرِيبُ الْحَدِيثِ ٢٠/١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٧١/٣ ، ٧٢ . وَالحَاكِمُ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُسْتَدْرَكُ ٥٧/٢ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « وَقَوْمَاهَا » .

ذلك لم تَصِرْ في مِلْكِهِ ، إِنَّمَا هِيَ وَدِيعَةٌ فِي يَدِهِ ، فَإِنْ تَلَفَتْ ، أَوْ نَقَصَتْ ، فَهِيَ مِنْ ضَمَانِ مَالِكِهَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ مِنْ ضَمَانِ الْقَابِضِ لَهَا إِذَا قَبَضَهَا بِنِيَّةِ الْاسْتِيفَاءِ ؛ لِأَنَّهَا مَقْبُوضَةٌ عَلَى أَنَّهَا عِوَضٌ وَوَفَاءٌ ، وَالْمَقْبُوضُ فِي عَقْدٍ فَاسِدٍ كَالْمَقْبُوضِ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الضَّمَانِ وَعَدَمِهِ . وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عِنْدَ صَيْرِفِي دَنَانِيرُ ، فَأَخَذَ مِنْهُ دَرَاهِمَ إِذْرَارًا ؛ لَتَكُونَ هَذِهِ بِهِذِهِ ، لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، بَلْ كَانَ^(١٢) كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي ذِمَّةٍ مَنْ قَبَضَهُ ، فَإِذَا أَرَادَا التَّصَارُفَ أَحْضَرَا أَحَدَهُمَا ، وَاصْطَرَفَا بَعَيْنَ وَذِمَّةٍ .

فصل : وَيَجُوزُ اقْتِضَاءُ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ مِنَ الْآخَرِ ، وَيَكُونُ صَرَفًا بَعَيْنَ وَذِمَّةٍ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَمَنْعَ مِنْهُ ابْنُ عَبَّاسٍ ، وَأَبُو سَلَمَةَ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَابْنُ شَبْرُمَةَ ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ وَقَدْ تَخَلَّفَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ^(١٣) ، وَالْأَثَرُ ، فِي « سُنَنِهِمَا » ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، قَالَ : كُنْتُ أُبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ ، فَأُبِيعُ بِالْأَثَرِ وَأَتَّخِذُ الدَّرَاهِمَ ، وَأُبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ وَأَتَّخِذُ الدَّنَانِيرَ ، أَخُذُ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ ، وَأُعْطِي هَذِهِ مِنْ هَذِهِ ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فِي بَيْتِ حَفْصَةَ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، رُوَيْدُكَ ، أَسْأَلُكَ ، إِنِّي أُبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ ، فَأُبِيعُ بِالْأَثَرِ ، وَأَتَّخِذُ الدَّرَاهِمَ ، وَأُبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ ، وَأَتَّخِذُ الدَّنَانِيرَ ، أَخُذُ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ ، وَأُعْطِي هَذِهِ مِنْ هَذِهِ ، هَذِهِ ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسَعْرِ يَوْمِهَا ، مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ » . قَالَ أَحْمَدُ : إِنَّمَا يَقْضِيهِ إِيَّاهَا بِالسَّعْرِ . لَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّهُ يَقْضِيهِ إِيَّاهَا بِالسَّعْرِ ، إِلَّا مَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، إِنَّهُ يَقْضِيهِ مَكَانَهَا ذَهَبًا عَلَى التَّرَاضِي ؛

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في : باب في اقتضاء الذهب من الورق ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٤/٢ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في الصرف ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذی ٢٥١/٥ . والنسائي ، في : باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة ، وباب أخذ الورق من الذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٨/٧ ، ٢٤٩ . وابن ماجه ، في : باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٠/٢ .

لأنه / بَيْعٌ فِي الْحَالِ ، فجاز ما تراضيا عليه إذا اختلف الجنس ، كما لو كان العوض عَرْضًا . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا » . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَمَرَ : أَنَّ بَكْرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ الْمُزَنِيَّ ، وَمَسْرُوقًا الْعَجَلِيَّ ، سَأَلَاهُ عَنْ كَرَى^(١٤) لهما ، لَهُ عَلَيْهِمَا دِرَاهِمٌ ، وَلَيْسَ مَعَهُمَا إِلَّا دَنَانِيرُ ؟ فَقَالَ ابْنُ عَمَرَ : أَعْطُوهُ بِسِعْرِ السُّوقِ . وَلِأَنَّ هَذَا جَرَى مَجْرَى الْقَضَاءِ ، فَقَيْدُ^(١٥) بِالْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ قَضَاهُ مِنَ الْجِنْسِ ، وَالتَّمَاتِلُ هُنَا مِنْ حَيْثُ الْقِيَمَةُ ؛ لِتَعْدْرِ التَّمَاتِلِ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ . قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : فَإِنَّ أَهْلَ السُّوقِ يَتَغَابَنُونَ بَيْنَهُم بِالذَّائِقِ فِي الدِّينَارِ وَمَا أَشْبَهَهُ ؟ فَقَالَ : إِذَا كَانَ مِمَّا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِهِ فَسَهْلٌ فِيهِ ، مَا لَمْ يَكُنْ حِيلَةً ، وَيُزَادُ شَيْئًا كَثِيرًا .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْمَقْضَى الَّذِي فِي الذِّمَّةِ مُؤَجَّلًا ، فَقَدْ تَوَقَّفَ أَحَدُهُ فِيهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْمَنْعُ ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَمَشْهُورُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ مَا فِي الذِّمَّةِ لَا يُسْتَحَقُّ قَبْضُهُ ، فَكَانَ الْقَبْضُ نَاجِزًا فِي أَحَدِهِمَا ، وَالنَّاجِزُ يَأْخُذُ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ . وَالْآخَرُ ، الْجَوَازُ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ ثَابِتٌ فِي الذِّمَّةِ بِمَنْزِلَةِ الْمَقْبُوضِ ، فَكَأَنَّهُ رَضِيَ بِتَعْجِيلِ الْمُؤَجَّلِ . وَالصَّحِيحُ الْجَوَازُ ، إِذَا قَضَاهُ بِسِعْرِ يَوْمِهَا ، وَلَمْ يَجْعَلْ لِلْمَقْضَى فَضْلًا لِأَجْلِ تَأْجِيلِ مَا فِي الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَنْقُصْهُ عَنْ سِعْرِهَا شَيْئًا ، فَقَدْ رَضِيَ بِتَعْجِيلِ مَا فِي الذِّمَّةِ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَضَاهُ مِنْ جِنْسِ الدِّينِ ، وَلَمْ يَسْتَفْصِلِ النَّبِيُّ ﷺ ابْنَ عَمَرَ حِينَ سَأَلَهُ ، وَلَوْ افْتَرَقَ الْحَالُ لَسَأَلَ وَاسْتَفْصَلَ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ : وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ عَشْرَةُ دِرَاهِمٍ ، فَدَفَعَ إِلَيْهِ دِينَارًا ، فَقَالَ : اسْتَوْفَ حَقَّكَ مِنْهُ . فَاسْتَوْفَاهُ بَعْدَ يَوْمَيْنِ ، جَازَ . وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَنَانِيرُ ، فَوَكَّلَ غَرِيمَهُ فِي بَيْعِ دَارِهِ ، وَاسْتِيفَاءِ حَقِّهِ مِنْ ثَمَنِهَا ، فَبَاعَهَا بِدِرَاهِمٍ ، لَمْ يَجْزُ أَنْ

(١٤) الكرى : الأجير .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « فَتَقِيد » .

يَأْخُذَ مِنْهَا قَدْرَ حَقِّهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي مُصَارَفَةِ نَفْسِهِ ، وَلِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ . وَلَوْ بَاعَ جَارِيَةً
بِدَنَانِيرَ ، فَأَخَذَ بِهَا دِرَاهِمَ ، فَرُدَّتِ الْجَارِيَةُ بِعَيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي إِلَّا
الدَّنَانِيرُ ؛ لِأَنَّهُ الثَّمَنُ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَإِنَّمَا أَخَذَ الدِرَاهِمَ / بِعَقْدٍ صَرَفَ ١٧٩/٤ ظ
مُسْتَأْنَفٍ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذِهِ الْمَسَائِلِ .

فصل : إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فَقَالَ لِغَرِيمِهِ : ضَعْ عَنِّي بَعْضَهُ ، وَأَعْجَلْ
لَكَ بَقِيَّتَهُ . لَمْ يَجُزْ . كَرِهَهُ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَابْنُ عَمَرَ ، وَالْمِقْدَادُ^(١٦) ، وَسَعِيدُ بْنُ
الْمُسَيَّبِ ، وَسَالِمٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَحَمَّادٌ ، وَالْحَكَمُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَمَالِكٌ ،
وَالثَّوْرِيُّ ، وَهَشِيمٌ^(١٧) ، وَابْنُ عُلَيَّةَ^(١٨) ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الْمِقْدَادُ
لِرَجُلَيْنِ فَعَلَا ذَلِكَ : كَلَّا كَمَا^(١٩) قَدْ آذَنَ بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ
عَبَّاسٍ : أَنَّهُ لَمْ يَرَّ بِهِ بَأْسًا . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ النَّخَعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ آخِذٌ لِبَعْضِ
حَقِّهِ ، تَارِكٌ لِبَعْضِهِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : لَا بَأْسَ أَنْ
يُعَجَّلَ الْمُكَاتَّبُ لِسَيِّدِهِ ، وَيَضَعَ عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبِيعُ الْحُلُولَ ، فَلَمْ
يَجُزْ ، كَمَا لَوْ زَادَهُ الَّذِي لَهُ الدَّيْنُ ، فَقَالَ لَهُ : أُعْطِيكَ عَشْرَةَ دِرَاهِمَ وَتُعَجَّلَ لِي الْمِائَةُ
الَّتِي عَلَيْكَ . فَأَمَّا الْمُكَاتَّبُ فَإِنَّ مُعَامَلَتَهُ مَعَ سَيِّدِهِ ، وَهُوَ يَبِيعُ بَعْضَ^(٢٠) مَالِهِ
بِبَعْضٍ ، فَدَخَلَتِ الْمُسَامَحَةُ فِيهِ . وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ لِلْعِتْقِ ، فَسَوْمَحَ فِيهِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

(١٦) المِقْدَادُ بْنُ الْأَسْوَدِ الْكِنْدِيُّ ، هُوَ ابْنُ عَمْرِو بْنِ ثَعْلَبَةَ ، تَوَفَّى سَنَةَ ثَلَاثٍ وَثَلَاثِينَ فِي خِلَافَةِ عُمَانَ . الْإِصَابَةُ
٢٠٤/٦ .

(١٧) هَشِيمُ بْنُ بِشِيرٍ بْنِ الْقَاسِمِ بْنِ دِينَارِ السَّلْمِيِّ أَبُو مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي خَازِمِ الْوَاسِطِيِّ ، وَلَدَ فِي سَنَةِ خَمْسٍ ، وَمَاتَ
فِي شَعْبَانَ سَنَةَ ثَلَاثٍ وَثَمَانِينَ وَمِائَةٍ . وَكَانَ ثِقَةً ثِيَابًا . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٦٤/١١ .

(١٨) إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَقْسَمِ الْأَسَدِيِّ مَوْلَاهُم أَبُو بَشِيرٍ الْبَصْرِيُّ ، الْمَعْرُوفُ بِابْنِ عَلِيَّةٍ ، ثِقَةٌ ثَبَتَ . مَاتَ
سَنَةَ ١٩٣ هـ . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٢٧٥/١ - ٢٧٩ .

(١٩) وَقَعَ هَذَا بَعْدَ قَوْلِهِ : « الثَّوْرِيُّ » السَّابِقُ ، فِي : م .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

٧١٦ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ دَخِيلًا عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، كَانَ الصَّرْفُ فِيهِ فَاسِدًا)

يعنى إذا وجد أحدهما ما قبضه معشوشا بغش من غير جنسه ، فينظر فيه ؛ فإن كان الصرف عينا بعين ، فهو فاسد ؛ لما أسلفناه . وإن كان بغير عين^(١) ، وعلم ذلك في المجلس ، فردّه ، وأخذ بدله ، فالصرف صحيح ؛ لأنه عين^(٢) المعقود عليه . وإن افترقا قبل ردّه ، فالصرف فيه فاسد أيضا ؛ لأنهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه ، ولم يقبض ما يصلح عوضا عن المعقود عليه . وهذا ظاهر كلام الخرقى . وقيل عن أحمد : إنه إذا أخذ البدل في مجلس الرد ، لم ينطّل ، كما لو كان العيب من جنسه . وهذا فيما إذا لم يكن مشتري المعيب عالما بعينه ، فأما إن علم بعينه ، فاشتراه على ذلك ، والعيب من جنسه ، جاز ، ولا خيار له ، ولا بدل . وإن كان من غير جنسه ، وكان الصرف ذهبا بذهب ، أو فضة بمثلها ، فالصرف فيه فاسد ؛ لأنه يخل بالتماثل ، إلا أن يبيع ذهبا أو فضة معشوشا بمثل غشه ، كبيعه دينارا صوريا بمثله ، مع علمه بتساوى / غشهما ، وقد ذكرنا أن الظاهر جوازه . وإن باع معشوشا بغير معشوش ، لم يجر ، إلا أن يكون للغش قيمة ، فيخرج على مسألة مدّ عجوة . وإن كان الصرف في جنسين ، كذهب بفضة ، انبنى على إنفاق المعشوشة .

١٨٠/٤ و

فصل : وفي إنفاق المعشوش من النقود روايتان ؛ أظهرهما ، الجواز ، نقل صالح عنه في دراهم يقال لها المسببة ، عامتها نحاس إلا شيئا فيها فضة ، فقال : إذا كان شيئا اصطلحوا عليه ، مثل الفلوس ، واصطلحوا عليها ، فأرجو ألا يكون بها بأس . والثانية ، التحريم ، نقل حنبل في دراهم يخلط فيها مش^(٣) ونحاس يشتري بها ويباع ، فلا يجوز أن يتباغ بها أحد . كل ما وقع عليه اسم الغش فالشراء به

(١) في الأصل : « عينه » .

(٢) في الأصل : « غير » .

(٣) المش : الخلط .

وَالْبَيْعُ حَرَامٌ . وقال أصحابُ الشَّافِعِيِّ : إن كان الغِشُّ ممَّا لا قِيَمَةَ لَهُ ، جازَ الشُّرَاءُ بها ، وإن كان^(٤) ممَّا له قِيَمَةٌ ، ففي جَوَازِ إِنْفَاقِهَا وَجْهَانِ ، واحتَجَّ مَنْ مَنَعَ إِنْفَاقَ الْمَغْشُوشَةِ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا »^(٥) . وبأنَّ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ نَهَى عن بَيْعِ نُفَايَةِ بَيْتِ الْمَالِ . ولأنَّ الْمَقْصُودَ فِيهِ مَجْهُولٌ ، أَشْبَهَ ثُرَابَ الصَّاعَةِ ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ فِي الْجَوَازِ عَلَى الْخُصُوصِ فِيمَا ظَهَرَ غِشُّهُ ، وَاصْطُلِحَ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْمُعَامَلَةَ بِهِ جَائِزَةٌ ، إِذْ لَيْسَ فِيهِ أَكْثَرُ مِنْ اسْتِمَالِهِ عَلَى جَنْسَيْنِ لَا غَرَرَ فِيهِمَا ، فَلَا يَمْنَعُ مِنْ بَيْعِهِمَا ، كَمَا لَوْ كَانَا مُتَمَيِّزَيْنِ . ولأنَّ هَذَا مُسْتَفِضٌّ فِي الْأَغْصَارِ ، جَارٍ بَيْنَهُمْ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ ، وَفِي تَحْرِيمِهِ مَشَقَّةٌ وَضَرَرٌ ، وَلَيْسَ شِرَاؤُهُ بِهَا غِشًّا لِلْمُسْلِمِينَ ، وَلَا تَغْرِيرًا لَهُمْ ، وَالْمَقْصُودُ مِنْهَا ظَاهِرٌ مَرَّتَيْنِ مَعْلُومٌ ، بِخِلَافِ ثُرَابِ الصَّاعَةِ . وَرِوَايَةُ الْمَنْعِ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا يَخْفَى غِشُّهُ ، وَيَقَعُ اللَّبْسُ بِهِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ يُفْضَى إِلَى التَّغْرِيرِ بِالْمُسْلِمِينَ ، وَقَدْ أَشَارَ أَحْمَدُ إِلَى هَذَا فِي رَجُلٍ اجْتَمَعَتْ عِنْدَهُ دِرَاهِمُ زُبُوفٍ ، مَا يَصْنَعُ بِهَا ؟ قَالَ : يَسْبِكُهَا . قِيلَ لَهُ : فَيَبِيعُهَا بِدَنَانِيرٍ ؟ قَالَ : لَا . قِيلَ : يَبِيعُهَا بِفُلُوسٍ ؟ قَالَ : لَا . قِيلَ فَبِسِلْعَةٍ ؟ قَالَ : لَا ، إِنِّي أَخَافُ أَنْ يَغُرَّ بِهَا مُسْلِمًا . قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : أَيْتَصَدَّقُ بِهَا ؟ قَالَ : إِنِّي أَخَافُ أَنْ يَغُرَّ بِهَا مُسْلِمًا . وَقَالَ : مَا يَتَّبَعِي لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَغُرُّ بِهَا الْمُسْلِمِينَ ، وَلَا أَقُولُ إِنَّهُ حَرَامٌ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى تَأْوِيلٍ ، وَذَلِكَ إِنَّمَا كَرِهْتُهُ ؛ لِأَنَّهُ / يَغُرُّ بِهَا مُسْلِمًا . فَقَدْ صَرَّحَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا كَرِهَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّغْرِيرِ ١٨٠/٤ ظ

(٤) فِي مِيزَانِ : « مِنْ » .

(٥) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » ، مِنْ كِتَابِ الْإِيمَانِ . صَحِيحٌ مُسْلِمٌ ٩٩/١ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي النَّهْيِ عَنِ الْغِشِّ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٤٤/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ الْغِشِّ فِي الْبَيُوعِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥٥/٦ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنِ الْغِشِّ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٧٤٩/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي النَّهْيِ عَنِ الْغِشِّ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢٤٨/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥٠/٢ ، ٢٤٢ ، ٤١٧ ، ٤٥٠/٤ ، ٤٦٦/٣ .

بالمُسْلِمِينَ ، ^(٦) وعلى هذا يُحْمَلُ مَنَعُ عَمَرَ نُفَايَةَ بَيْتِ الْمَالِ ؛ لما فيه من التَّغْرِيرِ بالمُسْلِمِينَ ^(٧) ، فَإِنَّ مُشْتَرِيَهَا رَبُّمَا خَلَطَهَا بِدِرَاهِمَ جَيِّدَةٍ ، وَاشْتَرَى بِهَا مَمَّنْ لَا يَعْرِفُ حَالَهَا ، وَلَوْ كَانَتْ مِمَّا اصْطَلَحَ عَلَى إِنْفَاقِهِ ، لَمْ يَكُنْ نُفَايَةً . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَمَرَ أَنَّهُ قَالَ : مَنْ زَاغَتْ عَلَيْهِ دِرَاهِمُهُ فَلْيُخْرِجْ بِهَا إِلَى الْبَقِيعِ ، فَلْيُشْتَرِ ^(٨) بِهَا سَحَقَ الثِّيَابِ ^(٩) . وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ إِنْفَاقِ الْمَغْشُوشَةِ الَّتِي لَمْ يُصْطَلَحَ عَلَيْهَا . قُلْنَا : قَدْ قَالَ أَحْمَدُ : مَعْنَى زَاغَتْ عَلَيْهِ دِرَاهِمُهُ . أَيْ نُفِيَتْ ، لَيْسَ أَنَّهَا زُيُوفٌ فَيَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ عَلَى هَذَا جَمْعًا بَيْنَ الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ مَا ظَهَرَ غِشُّهُ ، وَبَانَ زَيْفُهُ ، بِحَيْثُ لَا يَخْفَى عَلَى أَحَدٍ ، وَلَا يَحْصُلُ بِهَا تَغْرِيرٌ . وَإِنْ تَعَذَّرَ تَأْوِيلُهَا ، تَعَارَضَتِ الرَّوَايَتَانِ عَنْهُ ، وَيُرْجَعُ إِلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَعْنَى ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا كَانَ غِشُّهُ ذَا بَقَاءٍ وَثَبَاتٍ ، كَالرَّصَاصِ ، وَالتُّحَاسِ ، وَمَا لَا ثَبَاتَ لَهُ ، كَالزَّرْنِجِيَّةِ ، وَالْأَنْدَرَانِيَّةِ ، وَهُوَ زَرْنِجٌ وَنُورَةٌ يُطْلَى عَلَيْهِ فِضَّةٌ ، فَإِذَا دَخَلَ النَّارَ اسْتَهْلَكَ الْغِشُّ ، وَذَهَبَ .

٧١٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَتَى انْصَرَفَ الْمُتَصَارِفَانِ قَبْلَ التَّقَابُضِ ، فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا)

الْصَّرْفُ : يَبِيعُ الْأَثْمَانِ بَعْضُهَا بَعْضًا . وَالْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ شَرْطٌ لِصِحَّتِهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْمُتَصَارِفَيْنِ إِذَا افْتَرَقَا قَبْلَ أَنْ يَتَقَابُضَا ، أَنَّ الصَّرْفَ فَاسِدٌ . وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ ^(١) رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ » ^(٢) . وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « يَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » ^(٣) . وَنَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الذَّهَبِ

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

(٧) في النسخ : « فليشتري » .

(٨) سحق الثياب : الخلق البالي .

(٩) من هنا إلى قوله : « بالورق » الآتي سقط من الأصل . نقله نظر .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٦٣ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٦٢ .

بالورق دَيْنًا^(٤) ، ونَهَى أَنْ يُبَاعَ غَائِبٌ مِنْهَا بِنَاجِزٍ^(٥) ، كُلُّهَا أَحَادِيثُ صِحَاحٍ .
وَيُجْزَى الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ ، وَإِنْ طَالَ ، وَلَوْ تَمَاشِيَا مُصْطَلِحِينَ^(٦) إِلَى مَنْزِلِ
أَحَدِهِمَا ، أَوْ إِلَى الصَّرَافِ ، فَتَقَابُضًا عِنْدَهُ ، جَازَ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ :
لَا خَيْرَ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا فَارَقَا مَجْلِسَهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا لَمْ يَفْتَرَقَا قَبْلَ التَّقَابُضِ ،
فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَا فِي سَفِينَةٍ تَسِيرُ بِهِمَا ، أَوْ رَاكِبَيْنِ عَلَى دَابَّةٍ وَاحِدَةٍ تَمْشِي بِهِمَا . وَقَدْ
دَلَّ عَلَى ذَلِكَ حَدِيثُ أَبِي بَرزَةَ الْأَسْلَمِيِّ^(٧) فِي قَوْلِهِ^(٨) لِلَّذَيْنِ مَشَى إِلَيْهِ^(٩) مِنْ جَانِبِ
الْعَسْكَرِ : وَمَا أَرَاكُمَا افْتَرَقْتُمَا . وَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ التَّقَابُضِ بَطَلَّ الصَّرْفُ ؛ لِفَوَاتِ
شَرْطِهِ . وَإِنْ قَبْضَ الْبَعْضِ ، ثُمَّ / افْتَرَقَا ، بَطَلَّ فِيمَا لَمْ يَقْبِضْ ، وَفِيمَا يُقَابِلُهُ مِنَ
الْعَوَضِ . وَهَلْ يَصِحُّ فِي الْمَقْبُوضِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَلَوْ
وَكَّلَ أَحَدُهُمَا وَكَيْلًا فِي الْقَبْضِ ، فَقَبْضَ الْوَكِيلِ قَبْلَ تَفَرُّقِهِمَا ، جَازَ ، وَقَامَ قَبْضُ
وَكَيلِهِ مَقَامَ قَبْضِهِ ، سَوَاءً فَارَقَ الْوَكِيلَ الْمَجْلِسَ قَبْلَ الْقَبْضِ ، أَوْ لَمْ يُفَارِقْهُ . وَإِنْ
افْتَرَقَا قَبْلَ قَبْضِ الْوَكِيلِ ، بَطَلَّ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ فِي الْمَجْلِسِ شَرْطٌ ، وَقَدْ فَاتَ . وَإِنْ
تَخَايَرَا قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ ، لَمْ يَبْطُلِ الْعَقْدُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَفْتَرَقَا قَبْلَ الْقَبْضِ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ إِذَا قَلْنَا بِلُزُومِ الْعَقْدِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَبْقَ
فِيهِ خِيَارٌ قَبْلَ الْقَبْضِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ افْتَرَقَا . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ، فَإِنَّ الشَّرْطَ التَّقَابُضُ
فِي الْمَجْلِسِ ، وَقَدْ وَجَدَ ، وَاشْتِرَاطُ التَّقَابُضِ قَبْلَ اللُّزُومِ تَحْكُمُ بِغَيْرِ دَلِيلٍ . ثُمَّ
يَبْطُلُ بِمَا إِذَا تَخَايَرَا قَبْلَ الصَّرْفِ ، ثُمَّ اصْطَرَفَا ، فَإِنَّ الصَّرْفَ يَقَعُ لَازِمًا صَحِيحًا قَبْلَ
الْقَبْضِ ، ثُمَّ يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب بيع الورق بالذهب نسيئة ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٨/٣ .
ومسلم ، في : باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١٢١٣/٣ . والنسائي ،
في : باب بيع الفضة بالذهب نسيئة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٦/٧ .

(٥) تقدم تحريجه في صفحة ٥٣ .

(٦) في الأصل : « مصطلحين » .

(٧ - ٧) سقط من : م .

(٨) سقط من : الأصل .

فصل : ولو صارَ رَجُلًا دِينَارًا بَعَشْرَةَ دِرْهَمٍ ، وليس معه إِلَّا خُمْسُهُ دِرْهَمٌ ، لم يَجُزْ أَنْ يَتَفَرَّقَا قَبْلَ قَبْضِ الْعَشْرَةِ كُلِّهَا ، فَإِنْ قَبِضَ الْخُمْسَةَ وَافْتَرَقَا ، بَطَلَ الصَّرْفُ فِي نِصْفِ الدِّينَارِ . وهل يَبْطُلُ فيما يُقَابِلُ الْخُمْسَةَ الْمَقْبُوضَةَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَإِنْ أَرَادَ التَّحْلُصَ ، فَسَخَا الصَّرْفُ فِي النِّصْفِ الَّذِي لَيْسَ مَعَهُ عِوَضُهُ ، أَوْ يَفْسَخَانِ الْعَقْدَ كُلَّهُ ، ثُمَّ يَشْتَرِي مِنْهُ نِصْفَ الدِّينَارِ بِخُمْسَةٍ ، وَيُدْفَعُهَا إِلَيْهِ ، ثُمَّ يَأْخُذُ الدِّينَارَ كُلَّهُ ، فَيَكُونُ مَا اشْتَرَاهُ مِنْهُ لَهُ ، وَمَا بَقِيَ أَمَانَةً فِي يَدِهِ ، ثُمَّ يَفْتَرِقَانِ ، ثُمَّ إِذَا صَارَ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالْبَاقِي مِنَ الدِّينَارِ ، أَوْ اشْتَرَى بِهِ مِنْهُ شَيْئًا ، أَوْ جَعَلَهُ سَلَمًا فِي شَيْءٍ ، أَوْ وَهَبَهُ لَهُ ، جَازَ ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَكَّلَهُ فِيهِ . وَلَوْ اشْتَرَى فِضَّةً بِدِينَارٍ وَنِصْفٍ ، وَدَفَعَ إِلَى الْبَائِعِ دِينَارَيْنِ ، وَقَالَ : أَنْتَ وَكَيلِي فِي نِصْفِ الدِّينَارِ الزَّائِدِ ، صَحَّ . وَلَوْ صَارَ لَهُ عَشْرَةُ دِرْهَمٍ بِدِينَارٍ ، فَأَعْطَاهُ أَكْثَرَ مِنْ دِينَارٍ لِيَزِنَ لَهُ حَقَّهُ فِي وَقْتٍ آخَرَ ، جَازَ ، وَإِنْ طَالَ ، وَيَكُونُ الزَّائِدُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ ، لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي تَلَفِهِ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَكْثَرِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ أَحَدِهِمَا إِلَّا خُمْسُهُ دِرْهَمٌ ، فَاشْتَرَى بِهَا نِصْفَ دِينَارٍ ، وَقَبِضَ دِينَارًا كَامِلًا ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ الدَّرَاهِمَ ، ثُمَّ اقْتَرَضَهَا مِنْهُ ، فَاشْتَرَى بِهَا النِّصْفَ الْبَاقِيَ ، أَوْ اشْتَرَى / الدِّينَارَ مِنْهُ بِعَشْرَةِ أَيْدَاءَ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ الْخُمْسَةَ ، ثُمَّ اقْتَرَضَهَا مِنْهُ ، وَدَفَعَهَا^(٩) إِلَيْهِ عِوَضًا عَنِ النِّصْفِ الْآخَرِ عَلَى غَيْرِ وَجْهِ الْحِيلَةِ ، فَلَا بَأْسَ .

١٨١/٤ ظ

فصل : وَإِذَا بَاعَ مُدِّي تَمْرٍ رَدِيٍّ بِدِرْهَمٍ ، ثُمَّ اشْتَرَى بِالدِّرْهَمِ^(١٠) تَمْرًا جَنِيًّا ، أَوْ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ دِينَارًا صَحِيحًا بِدِرْهَمٍ ، وَتَقَابَضَا^(١١) ، ثُمَّ اشْتَرَى مِنْهُ بِالدَّرَاهِمِ قُرَاضَةً مِنْ^(١٢) غَيْرِ مُوَاطَاةٍ ، وَلَا حِيلَةٍ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا يَجُوزُ ، إِلَّا أَنْ يَمْضِيَ إِلَى غَيْرِهِ لِيَبْتَاعَ مِنْهُ ، فَلَا يَسْتَقِيمُ لَهُ ، فَيَجُوزُ

(٩) فِي الْأَصْلِ : « وَدَفَعَ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « وَتَقَابَضَا » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « عَنْ » .

أَنْ يَرْجِعَ إِلَى الْبَائِعِ ، فَيَتَنَاعَ مِنْهُ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ : يَبِيعُهَا مِنْ غَيْرِهِ أَحَبُّ إِلَيَّ . قُلْتُ لَهُ : فَإِنْ (١٣) لَمْ يُعْلِمْهُ أَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْهُ ؟ فَقَالَ : يَبِيعُهَا مِنْ غَيْرِهِ ، فَهُوَ أَطْيَبُ لِنَفْسِهِ وَأُخْرَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ الذَّهَبَ مِنْهُ ، فَإِنَّهُ إِذَا رَدَّهَا إِلَيْهِ لَعَلَّهُ أَنْ لَا يُؤْفِيَهُ الذَّهَبَ ، وَلَا يُحْكِمَ الْوِزْنَ ، وَلَا يَسْتَقْصِي ، يَقُولُ : هِيَ تَرْجِعُ إِلَيْهِ . قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : فَذَهَبَ لِيَشْتَرِيَ الدَّرَاهِمَ (١٤) بِالذَّهَبِ الَّذِي (١٥) أَخَذَهُ مِنْهُ مِنْ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَجِدْهَا ، فَرَجَعَ إِلَيْهِ ؟ فَقَالَ : إِذَا كَانَ لَا يُبَالِي اشْتَرَى مِنْهُ أَوْ مِنْ (١٦) غَيْرِهِ ، فَنَعَمْ . فَظَاهِرُ (١٧) أَنَّ هَذَا عَلَى وَجْهِ الِاسْتِحْبَابِ ، لَا الْإِجَابِ . وَلَعَلَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا أَرَادَ اجْتِنَابَ الْمَوَاطَأَةِ عَلَى هَذَا ، وَلِهَذَا قَالَ : إِذَا كَانَ لَا يُبَالِي اشْتَرَى مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، فَنَعَمْ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ مَرَّةً ، جَازَ ، وَإِنْ فَعَلَهُ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يُضَارِعُ الرَّبَا . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو سَعِيدٍ ، قَالَ : جَاءَ بِلَالٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ بِتَمْرٍ بَرْنِيٍّ ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « مِنْ أَيْنَ هَذَا ؟ » . قَالَ بِلَالٌ : كَانَ عِنْدَنَا تَمْرٌ رَدِيٌّ ، فَبِعْتُ صَاعَيْنِ بِصَاعٍ ؛ لِيَطْعَمَ النَّبِيُّ ﷺ . فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « أَوْهَ ، عَيْنُ الرَّبَا ، لَا تَفْعَلْ ، وَلَكِنْ إِذَا أُرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ ، فَبِعِ التَّمْرَ بِبَيْعٍ آخَرَ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِهِ » . وَرَوَى أَيْضًا أَبُو سَعِيدٍ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا عَلَى خَيْبَرٍ ، فَجَاءَهُ بِتَمْرٍ جَنِيبٍ ، فَقَالَ : « أَكُلْ تَمْرَ خَيْبَرٍ هَكَذَا ؟ » . قَالَ : لَا وَاللَّهِ . إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ ، وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا تَفْعَلْ ، بَعِ التَّمْرَ بِالدَّرَاهِمِ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيبًا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا (١٨) . وَلَمْ يَأْمُرْهُ أَنْ يَبِيعَهُ

(١٣) فِي م : « قَالَ » .

(١٤ - ١٥) فِي م : « الذَّهَبُ التِّي » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، م : « أَخَذَهَا » .

(١٦) فِي م : « وَمِنْ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « هَذَا » .

(١٨) الْأَوَّلُ : تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٥٣ .

وَالثَّانِي : أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا أَرَادَ بَيْعَ تَمْرٍ بِتَمْرٍ خَيْرٍ مِنْهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . وَبَابُ الْوَكَالَةِ فِي الصَّرْفِ وَالْمِيزَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَكَالَةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٠٢/٣ ، ١٢٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الطَّعَامِ =

١٨٢/٤ و من غير مَنْ يَشْتَرِي مِنْهُ ، ولو كان ذلك مُحَرَّمًا لَبَيَّنَهُ لَهُ ، ^(١٩) «وَعَرَفَهُ» ^(٢٠) / إِيَّاهُ . وَلأنَّهُ باعَ الْجِنْسَ بغيرِهِ مِنْ غيرِ شَرْطٍ ، وَلَا مُوَاطَأةً ، فَجَازَ ، كَمَا لو باعَهُ مِنْ غَيْرِهِ . وَلأنَّ مَا جَازَ مِنَ الْبِيعَاتِ مَرَّةً ، جَازَ عَلَى الْإِطْلَاقِ ، كَسَائِرِ الْبِيعَاتِ . فَأَمَّا إِنْ تَوَاطَأَ عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يَجُزْ ، وَكَانَ حِيلَةً مُحَرَّمَةً ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : يَجُوزُ ، مَا لَمْ يَكُنْ مَشْرُوطًا فِي الْعَقْدِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَنْ مُوَاطَأةٍ كَانَ حِيلَةً ، وَالْحِيلُ مُحَرَّمَةٌ ، عَلَى مَا سَنَذَكُرُهُ .

فصل : وَالْحِيلُ كُلُّهَا مُحَرَّمَةٌ ، غَيْرُ جَائِزَةٍ فِي شَيْءٍ مِنَ الدِّينِ ، وَهُوَ أَنْ يُظْهَرَ عَقْدًا مُبَاحًا يُرِيدُ بِهِ مُحَرَّمًا ، مُخَادَعَةً وَتَوَسُّلاً إِلَى فِعْلٍ مَا حَرَّمَ اللَّهُ ، وَاسْتِباحَةَ مَحْظُورَاتِهِ ، أَوْ إِسْقَاطِ وَاجِبٍ ، أَوْ دَفْعِ حَقٍّ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ . قَالَ أَيُّوبُ السَّخْتِيَانِيُّ : إِنَّهُمْ لِيُخَادِعُونَ اللَّهَ ، كَأَنَّمَا يُخَادِعُونَ صَبِيًّا ، لَوْ كَانُوا يَأْتُونَ الْأَمْرَ عَلَى وَجْهِهِ كَانَ أَسْهَلَ عَلَى . فَمِنْ ذَلِكَ ؛ مَا لَوْ كَانَ مَعَ رَجُلٍ عَشْرَةُ صِحَاحٍ ، وَمَعَ الْآخِرِ خُمْسَةَ عَشَرَ مُكْسَرَةً ، فَاقْتَرَضَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعَ صَاحِبِهِ ، ثُمَّ تَبَارَيَا ، تَوَصُّلاً إِلَى بَيْعِ الصِّحَاحِ بِالْمُكْسَرَةِ مُتَفَاضِلًا ، أَوْ بَاعَهُ الصِّحَاحَ بِمِثْلِهَا مِنَ الْمُكْسَرَةِ ، ثُمَّ وَهَبَهُ الْخُمْسَةَ الزَّائِدَةَ ، أَوْ اشْتَرَى مِنْهَا بِهَا أَوْقِيَّةً صَابُونٍ ، أَوْ نَحْوَهَا مِمَّا ^(٢١) يَأْخُذُهُ بِأَقْلٍ مِنْ قِيَمَتِهِ ، أَوْ اشْتَرَى مِنْهُ بِعَشْرَةٍ إِلَّا حَبَّةً مِنَ الصَّحِيحِ مِثْلَهَا مِنَ الْمُكْسَرَةِ ، ثُمَّ اشْتَرَى مِنْهُ بِالْحَبَّةِ الْبَاقِيَةِ ثَوْبًا قِيَمَتُهُ خُمْسَةُ دَنَانِيرٍ . وَهَكَذَا لَوْ أَقْرَضَهُ شَيْئًا ، أَوْ بَاعَهُ سِلْعَةً بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيَمَتِهَا ، أَوْ اشْتَرَى مِنْهُ سِلْعَةً بِأَقْلٍ مِنْ قِيَمَتِهَا تَوَسُّلاً ^(٢٢) إِلَى أَخْذِ عَوَضٍ عَنِ الْقَرْضِ ، فَكُلُّ مَا كَانَ مِنْ هَذَا عَلَى وَجْهِ الْحِيلَةِ فَهُوَ خَبِيثٌ مُحَرَّمٌ . وَبِهَذَا قَالَ

= مثلاً بمثل ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٥/٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب بيع التمر بالتمر متفاضلاً ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٨/٧ . والإمام مالك ، في : باب ما يكره من بيع التمر ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٢٣/٢ .

(١٩ - ١٩) في الأصل : « أو عرفه » .

(٢٠) في م : « ما » .

(٢١) في م : « توصلاً » .

مالك . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : ذلك كله وأشباهه جائز ، إذا لم يكن مشروطاً في العقد . وقال بعض أصحاب الشافعي : يُكره أن يدخل في البيع على ذلك ؛ لأن كل ما لا يجوز شرطه في العقد يُكره أن يدخل عليه . ولنا ، أن الله تعالى عذب أمة بحيلة اختالوها ، فمسحهم قردة ، وسماهم معتدين ، وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين ؛ ليتعظوا بهم ، ويمتنعوا من مثل أفعالهم . وقال بعض المفسرين في قوله تعالى : ﴿ وَمَوْعِظَةٌ لِّلْمُتَّقِينَ ﴾ (٢٢) . أى لأمة محمد ﷺ . / فروى أنهم ١٨٢/٤ ظ كانوا ينصبون شباكهم للحيتان يوم الجمعة ، ويتركونها إلى يوم الأحد ، ومنهم من كان يحفر حفائر ، ويجعل إليها مجارى ، فيفتحها يوم الجمعة ، فإذا جاء السمك يوم السبت ، جرى مع الماء في المجارى ، فيقع في الحفائر ، فيدعها إلى يوم الأحد ، ثم يأخذها ، ويقول : ما اضطدت يوم السبت ، ولا اعتديت فيه . فهذه حيلة . وقال النبي ﷺ : « من أدخل فرساً بين فرسين ، وقد أمن أن يسبق ، فهو قمار ، ومن أدخل فرساً بين فرسين ، وهو لا يأمن أن يسبق ، فليس بقمار » . رواه أبو داود ، وغيره (٢٣) . فجعله قماراً مع إدخاله الفرس الثالث ؛ لكونه لا يمنع معنى القمار ، وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذاً ، أو مأخوذاً منه ، وإنما دخل صورة ، تحيلاً على إباحة المحرم ، وسائر الحيل مثل ذلك . ولأن الله تعالى إنما حرم هذه (٢٤) المحرمات لمفسدتها ، والضرر الحاصل منها . ولا تزول مفسدتها مع بقاء (٢٥) معناها ، بإظهارهما صورة غير صورتها ، فوجب أن لا يزول التحريم ، كما لو سمي الخمر بغير اسمها ، لم يُبح ذلك شربها ، وقد جاء عن النبي ﷺ أنه قال : « لَيْسَتْ حِلٌّ قَوْمٌ مِنْ أُمَّتِي الْخَمْرُ يُسَمُّونَهَا بِغَيْرِ

(٢٢) سورة البقرة ٦٦ .

(٢٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في المحلل ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢٨/٢ ، ٢٩ . وابن ماجه ،

في : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٦٠/٢ .

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) في م : « إبقاء » .

اسْمَهَا»^(٢٦) . ومن الحِيل في غير الرِّبَا ، أَنَّهُمْ يَتَوَصَّلُونَ إِلَى بَيْعِ^(٢٧) الشَّيْءِ الْمَنْهُي^(٢٧) عَنْهُ ، أَن يَسْتَأْجِرَ بَيَاضَ أَرْضِ الْبُسْتَانِ بِأَمْثَالِ أُجْرَتِهِ ، ثُمَّ يُسَاقِيهِ عَلَى ثَمَرِ شَجَرِهِ بِجُزْءٍ مِنْ أَلْفِ جُزْءٍ لِلْمَالِكِ ، وَتِسْعُمَائَةٍ وَتِسْعَةٍ وَتَسْعُونَ لِلْعَامِلِ ، وَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ الْمَالِكُ شَيْئًا ، وَلَا يُرِيدُ ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا قَصَدَ بَيْعَ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْوِ صَلَاحِهَا بِمَا سَمَاهُ أُجْرَةً ، وَالْعَامِلُ لَا يَقْصِدُ أَيْضًا سِوَى ذَلِكَ ، وَرَبَّمَا لَا يَنْتَفِعُ بِالْأَرْضِ الَّتِي سَمِيَ الْأُجْرَةَ فِي مُقَابَلَتِهَا ، وَمَتَى لَمْ يَخْرُجِ الثَّمَرُ ، أَوْ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ ، جَاءَ الْمُسْتَأْجِرُ يَطْلُبُ الْجَائِحَةَ ، وَيَعْتَقِدُ أَنَّهُ إِنَّمَا بَذَلَ مَالَهُ فِي مُقَابَلَةِ الثَّمَرَةِ لَا غَيْرَ ، وَرَبُّ الْأَرْضِ يَعْلَمُ ذَلِكَ .

فصل : ولو اشْتَرَى شَيْئًا بِمُكْسَرَةٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُعْطِيَهُ صَحِيحًا أَقْلَ مِنْهَا . قال أحمد : هذا هو الرِّبَا الْمَحْضُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ عِوَضَ الْفِضَّةِ أَقْلَ مِنْهَا ، فَيَحْصُلُ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا . ولو اشْتَرَاهُ بِصَحِيحٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُعْطِيَهُ مُكْسَرَةً أَكْثَرَ مِنْهَا كَذَلِكَ . فَإِنْ تَفَاسَخَ الْبَيْعُ ، ثُمَّ عَقَّدَا بِالْصَّحَاحِ ، أَوْ بِالْمُكْسَرَةِ ، جَازَ . ولو اشْتَرَى ثَوْبًا/يَنْصِفُ دِينَارٍ ، لَزِمَهُ نِصْفُ دِينَارٍ شِقِّ ، فَإِنْ عَادَ فَاشْتَرَى شَيْئًا آخَرَ يَنْصِفُ آخَرَ ، لَزِمَهُ نِصْفُ شِقِّ أَيْضًا ، فَإِنْ وَفَّاهُ دِينَارًا صَحِيحًا ، بَطَلَ الْعَقْدُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ تَضَمَّنَ اشْتِرَاطَ زِيَادَةِ ثَمَنِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ لُزُومِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، بَطَلَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ مَا يُفْسِدُهُ قَبْلَ انْتِبَاهِهِ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ تَفَرُّقِهِمَا وَلُزُومِهِ^(٢٨) ، لَمْ يُؤْثَرْ ذَلِكَ فِيهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ ثَمَنِ الذِي عَقَدَ الْبَيْعَ بِهِ . ومذهب الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كَمَا ذَكَرْنَا .

و ١٨٣/٤

فصل : إذا كان له عند رَجُلٍ دِينَارٌ وَدِيعَةٌ ، فَصَارَ لَهُ بِهِ ، وَهُوَ مَعْلُومٌ بِقَاوُوهُ ،

(٢٦) أخرجه البخاري تعليقا ، في : باب ما جاء في من يستحل الخمر ويسميه بغير اسمه ، من كتاب الأشربة . صحيح البخاري ١٣٨/٧ . وأبو داود ، في : باب في الدَّاذِي ، من كتاب الأشربة . سنن أبي داود ٢٩٥/٢ . وابن ماجه ، في : باب الخمر يسمونها بغير اسمها ، من كتاب الأشربة ، وباب العقوبات ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ١١٢٣/٢ ، ١٣٣٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٧/٤ ، ٣١٨/٥ ، ٣٤٢ . (٢٧ - ٢٧) في الأصل : « السنين » . وما بعده ساقط إلى قوله : « ثمر شجره » الآتي . (٢٨) في م : « فلزومه » .

أَوْ مَظْنُونٌ ، صَحَّ الصَّرْفُ . وَإِنْ ظَنَّ أَنَّهُ غَيْرُ مَوْجُودٍ ، لَمْ يَصِحَّ الصَّرْفُ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ
حُكْمُ الْمَعْدُومِ . وَإِنْ شَكَّ فِيهِ فَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيِّ .
وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومِ الْبَقَاءِ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَوَجْهُ
الْأَوَّلُ ، أَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ ، فَصَحَّ الْبِنَاءُ عَلَيْهِ عِنْدَ الشَّكِّ ، فَإِنَّ الشَّكَّ لَا يُزِيلُ الْيَقِينَ ؛
وَلِذَلِكَ صَحَّ بَيْعُ الْحَيَوَانِ الْغَائِبِ الْمَشْكُوكِ فِي حَيَاتِهِ ، فَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ تَالِفًا حِينَ
الْعَقْدِ ، تَبَيَّنَا أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ بَاطِلًا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ تُرَابِ الصَّاعَةِ وَالْمَعْدِنِ بِشَيْءٍ مِنْ جِنْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ رَبًّا
يَبْعُ بِجِنْسِهِ عَلَى وَجْهِ لَا تُعْلَمُ الْمُمَائِلَةُ بَيْنَهُمَا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَبَيْعِ الصُّبْرَةِ بِالصُّبْرَةِ .
وَإِنْ يَبْعُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، فَحَكَى ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ ، كَرَاهَةَ بَيْعِ تُرَابِ الْمَعَادِنِ .
وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ (٢٩) ؛
لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي « الْإِرْشَادِ » : يَجُوزُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ .
وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ الْحَسَنِ ، وَالتَّحْمِي ، وَرَبِيعَةَ ، وَاللَّيْثِ (٣٠) ، قَالُوا : فَإِنْ اخْتَلَطَ ،
أَوْ أَشْكَلَ فَلْيَبْعْهُ بِعَرَضٍ ، وَلَا يَبْعْهُ بِعَيْنٍ وَلَا وَرَقٍ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَهُ بِمَا لَا رِبَا فِيهِ ، فَجَازَ ،
كَمَا لَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا بِدِينَارٍ وَدِرْهَمٍ .

٧١٨ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَالْعَرَايَا الَّتِي أُرْخَصَ فِيهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ؛ هُوَ أَنْ
يُوْهَبَ لِلْإِنْسَانِ مِنَ النَّخْلِ مَا لَيْسَ فِيهِ خُمْسَةٌ أَوْ سُقِ ، فَيَبْعُهَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ
لِمَنْ يَأْكُلُهَا رُطْبًا)

فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فُصِّلَ خُمْسَةٌ :

أَوَّلُهَا ، فِي إِبَاحَةِ بَيْعِ الْعَرَايَا / فِي الْجُمْلَةِ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . مِنْهُمْ ١٨٣/٤ ظ
مَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَهْلُ الشَّامِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٠) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « وَالشَّافِعِيُّ » .

المُنْذِر . وقال أبو حنيفة : لا يَحِلُّ يَبِّعُهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ يَبِّعِ (١) الْمُزَابَنَةَ ، وَالْمُزَابَنَةُ ، يَبِّعُ الثَّمَرِ بِالثَّمَرِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٢) . وَلِأَنَّهُ يَبِّعُ الرُّطْبَ بِالثَّمَرِ مِنْ غَيْرِ كَيْلٍ فِي أَحَدِهِمَا ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَمَا لَوْ كَانَ عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ ، أَوْ فِيمَا زَادَ عَلَى خُمْسَةِ أُوسُقٍ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَخَّصَ فِي الْعَرَايَا فِي خُمْسَةِ أُوسُقٍ ، أَوْ دُونَ خُمْسَةِ أُوسُقٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٣) وَرَوَاهُ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَسَهْلُ بْنُ أَبِي حَنْمَةَ ، وَغَيْرُهُمَا . وَخَرَّجَهُ أَيْمَةُ الْحَدِيثِ فِي كُتُبِهِمْ . وَحَدِيثُهُمْ فِي سِيَاقِهِ : « إِلَّا الْعَرَايَا » كَذَلِكَ فِي الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ (٤) . وَهَذِهِ زِيَادَةٌ يَجِبُ الْأَخْذُ بِهَا . (٥ ثُمَّ لَوْ) قُدِّرَ تَعَارُضُ الْحَدِيثَيْنِ ، وَجَبَ تَقْدِيمُ حَدِيثِنَا لِخُصُوصِهِ ، جَمْعًا بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ ، وَعَمَلًا بِكِلَا النَّصَّيْنِ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : الَّذِي نَهَى عَنْ الْمُزَابَنَةِ هُوَ الَّذِي أَرَخَّصَ فِي الْعَرَايَا ، وَطَاعَةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَوْلَى . وَالْقِيَاسُ لَا يُصَارُ إِلَيْهِ مَعَ النَّصِّ مَعَ أَنَّ فِي الْحَدِيثِ ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام ، وباب بيع المزابنة ، وباب بيع الزرع بالطعام كيلا ، من كتاب البيوع ، وفى : باب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل ، من كتاب الشرب . صحيح البخارى ٩٦/٣ ، ٩٨ ، ١٠٢ ، ١٥١ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٩/٣ ، ١١٧١ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب بيع الثمر بالتمر ، وباب بيع الكرم بالزبيب ، وباب بيع العرايا بالرطب ، وباب بيع الزرع بالطعام ، من كتاب البيوع . المحتجى ٢٣٤/٧ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ . وابن ماجه ، فى : باب المزابنة والمحايلة ، من كتاب التجارات سنن ابن ماجه ٧٦١/٢ ، ٧٦٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٢ ، ٧ ، ١٦ ، ٦٣ ، ٦٤ ، ١٠٨ ، ١٢٣ ، ٣٩٢ ، ٦/٣ ، ٨ ، ٦٠ ، ٤٦٤ .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٩٩/٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٧١/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى مقدار العرية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٦/٢ . والنسائى ، فى : باب بيع العرايا بالرطب ، من كتاب البيوع . المحتجى ٢٣٥/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٧/٢ . (٤) فيما أخرجه البخارى ، فى : باب الرجل يكون له ممر ... ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ١٥١/٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٧١/٣ . (٥ - ٥) فى م : « ولو » .

أنه أرخص في العرايا . والرخصة استباحة المَحْظُورِ ، مع وجود السبب الحاذِرِ ،
فلو منع وجود السبب من الاستباحة ، لم يبق لنا رخصة بحال .

الفصل الثاني ، أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق ، بغير خلاف نعلمه ،
وتجوز فيما دون خمسة أوسق ، بغير خلاف بين القائلين بجوازها . فأما في خمسة
أوسق ، فلا يجوز عند إمامنا رحمه الله . وبه قال ابن المنذر ، والشافعي في أحد
قولي . وقال مالك ، والشافعي في قول : يجوز . ورواه إسماعيل بن سعيد عن
أحمد ؛ لأن في حديث زيد وسهل أنه رخص في العريّة ، مطلقاً ، ثم استثنى ما زاد
على الخمسة في حديث أبي هريرة ، وشك في الخمسة فاستثنى اليقين ، وبقي
المشكوك فيه على مقتضى الإباحة . ولنا ، أن النبي ﷺ نهى عن (٦) المزابنة .
والمزابنة : بيع الثمر (٧) بالتمر ، ثم أرخص في العريّة فيما دون خمسة أوسق ،
وشك في الخمسة ، فبقي على العموم في التحريم . ولأن العريّة رخصة / يثبت
على خلاف النص والقياس يقيناً فيما دون الخمسة ، والخمسة مشكوك فيها ، فلا
تثبت إباحتها مع الشك وروى ابن المنذر (٨) ، بإسناده ، أن النبي ﷺ رخص في
بيع العريّة في الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة . والتخصيص بهذا يدل على أنه
لا تجوز الزيادة (٩) في العدد عليه ، كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة ؛
لتخصيصه إياها بالذكر . وروى مسلم (١٠) عن سهل ، أن رسول الله ﷺ رخص
في بيع العريّة ؛ النخلة والتخلتين . ولأن خمسة الأوسق في حكم ما زاد عليها ؛

(٦) سقط من : م .

(٧) في م : « الرطب » .

(٨) وأخرجه البيهقي ، في : باب ما يجوز من بيع العرايا ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١١/٥ .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٧٠/٣ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة ، وباب تفسير العرايا ، من
كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٩/٣ ، ١٠٠ .

بِدَلِيلٍ وَجُوبِ الزَّكَاةِ فِيهَا دُونَ مَا نَقَصَ عَنْهَا ، وَلَأَنَّهَا قَدَّرَ تَجِبُ الزَّكَاةُ فِيهِ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْنَهُ عَرِيَّةٌ ، كَالزَّائِدِ عَلَيْهَا . فَأَمَّا قَوْلُهُمْ : أُرْخِصَ فِي الْعَرِيَّةِ مُطْلَقًا ، فَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّ الرُّخْصَةَ الْمُطْلَقَةَ سَابِقَةٌ عَلَى الرُّخْصَةِ الْمُقَيَّدَةِ ، وَلَا مُتَأَخِّرَةٌ عَنْهَا ، بَلِ الرُّخْصَةُ وَاحِدَةٌ ، رَوَاهَا بَعْضُهُمْ مُطْلَقَةً وَبَعْضُهُمْ مُقَيَّدَةً ، فَيَجِبُ حَمْلُ الْمُطْلَقِ عَلَى الْمُقَيَّدِ ، وَيَصِيرُ الْقَيْدُ الْمَذْكُورُ فِي أَحَدِ الْحَدِيثَيْنِ كَأَنَّهُ مَذْكُورٌ فِي الْآخَرِ ، وَلِذَلِكَ يُقَيَّدُ فِيمَا زَادَ عَلَى الْخُمْسَةِ ، اتِّفَاقًا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ أَكْثَرَ مِنْ خُمْسَةِ أَوْسُقٍ ، فِيمَا زَادَ عَلَى صَفْقَةٍ ، سَوَاءً اشْتَرَاهَا مِنْ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ جَمَاعَةٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ بَيْعُ جَمِيعِ ثَمَرِ حَائِطِهِ عَرَايَا ، مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ ، وَمِنْ رِجَالٍ ، فِي عُقُودٍ مُتَكَرِّرَةٍ ؛ لِعُمُومِ حَدِيثِ زَيْدٍ وَسَهْلٍ ، وَلِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ جَازٍ مَرَّةً ، جَازٌ أَنْ يَتَكَرَّرَ ، كَسَائِرِ الْبُيُوعِ . وَلَنَا ، ^(١١) أَنَّ النَّهْيَ عَنِ الْمَزَابَنَةِ عَامٌّ ^(١٢) ، اسْتَشْنَى مِنْهُ الْعَرِيَّةُ فِيمَا دُونَ خُمْسَةِ أَوْسُقٍ ، فَمَا زَادَ يَتَّقَى عَلَى الْعُمُومِ فِي التَّحْرِيمِ . وَلِأَنَّ مَا لَا يَجُوزُ عَلَيْهِ الْعَقْدُ مَرَّةً إِذَا كَانَ نَوْعًا وَاحِدًا ، لَا يَجُوزُ فِي عَقْدَيْنِ ، كَالَّذِي عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ ، وَكَالْجَمْعِ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ ، فَأَمَّا حَدِيثُ سَهْلٍ فَإِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِالنَّخْلَةِ وَالنَّخْلَتَيْنِ ؛ بِدَلِيلِ مَا رَوَيْنَا ، فَيَدُلُّ عَلَى تَحْرِيمِ الزِّيَادَةِ عَلَيْهِمَا ^(١٣) ، ثُمَّ إِنَّ الْمُطْلَقَ يُحْمَلُ عَلَى الْمُقَيَّدِ كَمَا فِي الْعَقْدِ الْوَاحِدِ . فَأَمَّا إِنْ بَاعَ رَجُلٌ عَرِيَّتَيْنِ مِنْ رَجُلَيْنِ فِيهِمَا أَكْثَرُ مِنْ خُمْسَةِ أَوْسُقٍ ، جَازَ . وَقَالَ أَبُو بَكْرِ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْمُشْتَرَى . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُعْلَبَ فِي التَّجْوِيزِ / حَاجَةٌ

الْمُشْتَرَى ؛ بِدَلِيلِ مَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ لَبِيدٍ قَالَ : قُلْتُ لِرَزِيدِ بْنِ ثَابِتٍ : مَا عَرَايَاكُمْ هَذِهِ ؟ فَسَمَّى رَجُلًا مُحْتَاجِينَ مِنَ الْأَنْصَارِ ، شَكَوًا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الرُّطَبَ يَأْتِي وَلَا نَقْدَ بَأْيَدِيهِمْ يَتَبَاغُونَ بِهِ رُطْبًا يَأْكُلُونَهُ ، وَعِنْدَهُمْ فَضُولٌ مِنَ الثَّمَرِ ، فَرَخَّصَ

(١١ - ١١) فِي م : « عُمُومُ النَّهْيِ عَنِ الْمَزَابَنَةِ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهَا » .

لهم أن يَتَّاعُوا الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ الَّذِي فِي أَيْدِيهِمْ يَأْكُلُونَهُ رُطْبًا^(١٣) . وإذا كان سَبَبُ الرُّخْصَةِ حَاجَةً الْمُشْتَرِي ، لم تُعْتَبَرْ حَاجَةُ الْبَائِعِ إِلَى الْبَيْعِ ، فلا يَتَّقِيْدُ فِي حَقِّهِ بِخَمْسَةِ أَوْسُقٍ . ولأننا لو اعتَبَرْنَا الْحَاجَةَ مِنَ الْمُشْتَرِي وَحَاجَةَ الْبَائِعِ إِلَى الْبَيْعِ ، أَفْضَى إِلَى أَنْ لَا يَحْصُلَ الْإِرْفَاقُ^(١٤) ، إذ لَا يَكَادُ يَتَّفِقُ وُجُودُ الْحَاجَتَيْنِ ، فَتَسْقُطُ الرُّخْصَةُ . فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَجُوزُ ذَلِكَ ، بَطَلَ الْعَقْدُ الثَّانِي . فَإِنْ اشْتَرَى عَرِيَّتَيْنِ أَوْ بَاعَهُمَا ، وَفِيهِمَا أَقَلُّ مِنْ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، جَازَ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

الفصل الثالث ، أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِي بَيْعِ الْعَرِيَّةِ أَنْ تَكُونَ مَوْهُوبَةً لِبَائِعِهَا . هذا ظاهرُ كَلَامِ أَصْحَابِنَا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَظَاهِرُ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّهُ شَرَطٌ . وَقَدْ رَوَى الْأَثَرُ ، قَالَ : سَمِعْتُ أَحْمَدَ يُسْأَلُ^(١٥) عَنْ تَفْسِيرِ الْعَرَايَا . فَقَالَ : الْعَرَايَا أَنْ يُعَرَّى الرَّجُلُ الْجَارَ أَوْ الْقَرَابَةَ لِلْحَاجَةِ أَوْ الْمَسْكِنَةِ ، فَلِلْمُعَرَّى أَنْ يَبِيعَهَا مِمَّنْ شَاءَ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَبِيعُ الْعَرَايَا الْجَائِزُ هُوَ أَنْ يُعَرَّى الرَّجُلُ الرَّجُلَ نَخْلَاتٍ مِنْ حَائِطِهِ ، ثُمَّ يَكْرَهُ صَاحِبُ الْحَائِطِ دُخُولَ الرَّجُلِ الْمُعَرَّى حَائِطَهُ^(١٦) ؛ لِأَنَّهُ رَبَّمَا كَانَ مَعَ أَهْلِهِ فِي الْحَائِطِ ، فَيُوْذِيهِ^(١٧) دُخُولَ صَاحِبِهِ عَلَيْهِ ، فَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا مِنْهُ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّ الْعَرِيَّةَ فِي اللَّعَةِ هَبَّةٌ ثَمَرَةُ النَّخِيلِ عَامًّا . قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ^(١٨) : الْإِغْرَاءُ ، أَنْ يَجْعَلَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ ثَمَرَةَ نَخْلَةٍ عَامًّا ذَلِكَ . قَالَ^(١٩) شَاعِرُ الْأَنْصَارِ^(٢٠) يَصِفُ النَّخْلَ :

لَيْسَتْ بِسَهَاءٍ وَلَا رُجْبِيَّةٍ وَلَكِنْ عَرَايَا فِي السِّنِّينِ الْجَوَائِحِ^(٢١)

(١٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية ١٣/٤ ، ١٤ ، وقال : لم أجده سننًا بعد الفحص البالغ . وذكره الشافعي ، في : باب بيع العرايا ، من كتاب البيوع . الأم ٤٧/٣ .

(١٤) الإرفاق : النفع .

(١٥) في م : « سئل » .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) في الأصل : « فيكره » .

(١٨) في غريب الحديث ٢٣١/١ .

(١٩ - ١٩) في م : « الشاعر الأنصاري » . والمثبت في : الأصل ، وغريب الحديث .

(٢٠) البيت لسويد بن الصامت ، كما في غريب الحديث واللسان (ر ج ب ، س ن ه ، ع ر ي) . وأنشده =

يقول : إنا نُعَرِّبُهَا النَّاسَ . فَتَعَيَّنَ صَرَفُ اللَّفْظِ إِلَى مَوْضُوعِهِ لَعَةً وَمُقْتَضَاهُ فِي الْعَرَبِيَّةِ ، ما لم يُوجَدْ ما يَصْرِفُهُ عَنْ ذَلِكَ . ولنا ، حَدِيثُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَا لَكَ ، ^(٢١) فِي تَصْرِيحِهِ / بِجَوَازِ ^(٢٢) بَيْعِهَا مِنْ غَيْرِ الْوَاهِبِ ، وَلأنَّهُ لَوْ كَانَ لِحَاجَةِ الْوَاهِبِ لما اخْتَصَّ بِخُمْسَةِ أَوْسُقٍ ، لِعَدَمِ اخْتِصَاصِ الْحَاجَةِ بِهَا . وَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهَا بِالثَّمَرِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ صَاحِبِ الْحَائِطِ الَّذِي لَهُ النَّخِيلُ الْكَثِيرُ يُعَرِّبُ النَّاسَ ، أَنَّهُ لَا يَعْجِزُ عَنْ أَدَاءِ ثَمَنِ الْعَرِيَّةِ ، وَفِيهِ حُجَّةٌ عَلَى مَنْ اشْتَرَطَ كَوْنَهَا مَوْهُوبَةً لِبَائِعِهَا ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ الرُّخْصَةِ حَاجَةُ الْمُشْتَرِي إِلَى أَكْلِ الرُّطْبِ ، وَلَا ثَمَنَ مَعَهُ سِوَى الثَّمَرِ ، فَمَتَى وَجِدَ ذَلِكَ ، جَازَ الْبَيْعُ . وَلأنَّ اشْتِرَاطَ كَوْنِهَا مَوْهُوبَةً مَعَ اشْتِرَاطِ حَاجَةِ الْمُشْتَرِي إِلَى أَكْلِهَا رُطْبًا ، وَلَا ثَمَنَ مَعَهُ ، يُفْضِي إِلَى سُقُوطِ الرُّخْصَةِ ، إِذْ لَا يَكَادُ يَتَّفَقُ ذَلِكَ . وَلأنَّ مَا جَازَ بَيْعُهُ إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا ، جَازَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَوْهُوبًا ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ ، وَمَا جَازَ بَيْعُهُ لِوَاهِبِهِ ، جَازَ لِغَيْرِهِ ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ ، وَإِنَّمَا سُمِّيَ عَرِيَّةً لِتَعَرِّبِهِ عَنْ ^(٢٣) غَيْرِهِ ، وَإِفْرَادِهِ بِالْبَيْعِ .

و ١٨٥/٤

الفصل الرابع ، أَنَّهُ إِنَّمَا يَجُوزُ بَيْعُهَا بِخَرْصِهَا مِنَ الثَّمَرِ ، لَا أَقَلَّ مِنْهُ وَلَا أَكْثَرَ ، وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الثَّمَرُ الَّذِي يَشْتَرِي بِهِ مَعْلُومًا بِالْكَيْلِ ، وَلَا يَجُوزُ جُزْأً . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا عِنْدَ مَنْ أَبَاحَ بَيْعَ الْعَرَايَا اخْتِلَافًا ؛ لِمَا رَوَى زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَرْخَصَ فِي الْعَرَايَا أَنْ تُبَاعَ بِخَرْصِهَا كَيْلًا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢٤) . وَلِمُسْلِمٍ ، أَنَّ تَوْخِذَ

= أيضا ثعلب في مجالسه ٩٤ . قال ابن منظور في (رجب) إنه يروى : رجية ، بضم الراء وتخفيف الجيم المفتوحة وتشديدها ، قال : كلاهما نسب نادر ، والتثقيل أذهب في الشذوذ ، ثم قال : وقد روى بيت سويد ابن الصامت بالوجهين جميعا .

(٢١ - ٢١) في الأصل : « تصرّحه في جواز » .

(٢٢) في الأصل : « من » .

(٢٣) أخرجه البخاري ، في : باب تفسير العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ١٠٠/٣ . ومسلم ،

في : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٩/٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٨١/٥ ، ١٨٨ . وانظر . فتح الباري ٤/٣٩٢ ، ٣٩٣ ، تلخيص الحبير ٣/٢٩ ، ١٣٠ .

بمثل خَرْصِهَا تَمْرًا يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطْبًا . ولأنَّ الأَصْلَ اعتِبارُ الكَيْلِ مِنَ الطَّرْفَيْنِ ، سَقَطَ
 فِي أَحَدِهِمَا لِلتَّعَذُّرِ ، فَيَجِبُ فِي الْآخِرِ بَقْضِيَّةُ الأَصْلِ . ولأنَّ تَرْكَ الكَيْلِ مِنَ الطَّرْفَيْنِ
 يُكْثِرُ الغَرَرَ ، وَفِي تَرْكِهِ مِنْ أَحَدِهِمَا يُقَلِّلُ الغَرَرَ ، وَلَا يُلْزَمُ مِنْ صِحَّتِهِ مَعَ قِلَّةِ الغَرَرِ ،
 صِحَّتُهُ مَعَ كَثْرَتِهِ . وَمَعْنَى خَرْصِهَا بِمِثْلِهَا مِنَ التَّمْرِ ، أَنْ يُطِيفَ الْخَارِصُ بِالْعَرِيَّةِ ،
 فَيَنْظُرَ كَمْ يَجِيءُ مِنْهَا تَمْرًا ، ^(٢٤) فَيَشْتَرِيهَا الْمُشْتَرِي بِمِثْلِهَا تَمْرًا ^(٢٥) . وَبِهَذَا قَالَ
 الشَّافِعِيُّ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحَدٍ ، أَنَّهُ قَالَ : يَخْرُصُهَا رُطْبًا ، وَيُعْطَى تَمْرًا رُخْصَةً .
 وَهَذَا يَحْتَمِلُ الأَوَّلَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَشْتَرِيهَا بِتَمْرٍ مِثْلِ الرُّطْبِ الَّذِي عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ
 اشْتَرَطَ الْمُمَآئِلَةَ فِيهِ ، فَاعْتَبِرَتْ حَالُ البَيْعِ كَسَائِرِ البُيُوعِ . وَلأنَّ الأَصْلَ اعتِبارُ
 الْمُمَآئِلَةِ فِي الْحَالِ ، وَأَنْ لَا يُبَاعَ الرُّطْبُ بِالتَّمْرِ . خُولِفَ الأَصْلُ فِي بَيْعِ الرُّطْبِ
 بِالتَّمْرِ ، / فَيَبْقَى فِيمَا عَدَاهُ عَلَى قَضِيَّةِ الدَّلِيلِ . وَقَالَ الْقَاضِي : الأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ
 يُبْنَى عَلَى خَرْصِ الثَّمَارِ فِي العُشْرِ الصَّحِيحِ ، ثُمَّ خَرْصِهِ تَمْرًا . أَوْ لَأَنَّ ^(٢٥) الْمُمَآئِلَةَ
 فِي بَيْعِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ مُعْتَبَرَةٌ حَالَةَ الأَدْخَارِ ، وَبَيْعُ الرُّطْبِ بِمِثْلِهِ تَمْرًا يُفْضِي إِلَى فَوَاتِ
 ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَاهَا بِخَرْصِهَا رُطْبًا ، لَمْ يَجُزْ . وَهَذَا أَحَدُ الوُجُوهِ لِأَصْحَابِ
 الشَّافِعِيِّ . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ . وَالثَّالِثُ ، لَا يَجُوزُ مَعَ اتِّفَاقِ النُّوعِ ، وَيَجُوزُ مَعَ اخْتِلَافِهِ .
 وَوَجْهُ جَوَازِهِ ، مَا رَوَى الْجُوزْجَانِيُّ ، عَنْ أَبِي صَالِحٍ ، عَنْ اللَّيْثِ ، عَنْ ابْنِ
 شِهَابٍ ، عَنْ سَالِمٍ ، عَنْ ابْنِ عُمرَ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ،
 أَنَّهُ أَرْخَصَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي بَيْعِ الْعَرِيَّةِ بِالرُّطْبِ ، أَوْ التَّمْرِ ، وَلَمْ يُرَخِّصْ فِي غَيْرِ
 ذَلِكَ ^(٢٦) . وَلأنَّهُ إِذَا جَازَ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ مَعَ اخْتِصَاصِ أَحَدِهِمَا بِالنَّقْصِ فِي ثَانِي
 الْحَالِ ، فَلَأَنْ يَجُوزَ مَعَ عَدَمِ ذَلِكَ أَوَّلَى . وَلَنَا ، مَا رَوَى مُسْلِمٌ ^(٢٧) بِإِسْنَادِهِ عَنْ زَيْدِ

(٢٤ - ٢٤) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلِ .

(٢٥) فِي م : « وَلأنَّ » .

(٢٦) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْعَرَايَا بِالرُّطْبِ ، مِنْ كِتَابِ البُيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٣٥/٧ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي :

بَابِ فِي الْعَرَايَا ، مِنْ كِتَابِ البُيُوعِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢٥٢/٢ . وَالبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ أَجَازَ بَيْعَ الْعَرَايَا بِالرُّطْبِ

أَوْ التَّمْرِ ، مِنْ كِتَابِ البُيُوعِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣١١/٥ .

(٢٧) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي الصَّفْحَةِ السَّابِقَةِ .

ابن ثابت ، أن رسول الله ﷺ أَرَحَصَ في العَرَايَا أَنْ تُؤْخَذَ بِمِثْلِ خَرْصِهَا تَمْرًا . وعن سهل بن أبي حثمة ، أن رسول الله ﷺ نَهَى عن بَيْعِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ ، وقال : « ذَلِكَ الرَّبَا ، تِلْكَ الْمَزَابَنَةُ » . إِلَّا أَنَّهُ رَخَّصَ في العَرِيَّةِ ، النَّخْلَةِ وَالنَّخْلَتَيْنِ ، يَأْخُذُهَا أَهْلُ الْبَيْتِ بِخَرْصِهَا تَمْرًا ، يَأْكُلُونَهَا رُطْبًا^(٢٨) . ولأنَّهُ مَبِيعٌ يَجِبُ فِيهِ مِثْلُهُ تَمْرًا ، فلم يَجُزْ بَيْعُهُ بِمِثْلِهِ رُطْبًا ، كالتَّمْرِ الْجَافِّ . ولأنَّ مَنْ لَهُ رُطْبٌ فَهُوَ مُسْتَعْنٍ عن شِرَاءِ الرُّطْبِ بِأَكْلِ مَا عِنْدَهُ ، وَبَيْعِ العَرَايَا يُشْتَرَطُ فِيهِ حَاجَةُ الْمُشْتَرِي ، على مَا أَسْلَفْنَا . وَحَدِيثُ ابْنِ عُمرَ شَكٌّ في الرُّطْبِ وَالتَّمْرِ ، فلا يَجُوزُ الْعَمَلُ بِهِ مَعَ الشَّكِّ ، سِيَّما وَهذه الأحاديثُ ثَبِيْهَةٌ ، وَتُزِيلُ الشَّكَّ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ في بَيْعِ العَرَايَا التَّقَابُضُ في المَجْلِسِ . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ ، ولا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لَأَنَّهُ يَبْعُ تَمْرٌ بِتَمْرٍ ، فَاعْتَبَرَ فِيهِ شَرْطُهُ ، إِلَّا مَا اسْتَنَاهُ الشَّرْعُ مِمَّا لَا^(٢٩) يُمْكِنُ اعْتِبَارُهُ في بَيْعِ العَرَايَا . والقَبْضُ في كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على حَسْبِهِ ، ففى التَّمْرِ اكْتِيَالُهُ أو نَقْلُهُ ، وفي الثَّمَرَةِ التَّخْلِيَةُ . وليس من شَرْطِهِ حُضُورُ التَّمْرِ عند النَّخِيلِ ، بل لو تَبَايَعَا بعد مَعْرِفَةِ التَّمْرِ وَالثَّمَرَةِ ، ثم مَضَيَا جَمِيعًا إلى النَّخْلَةِ ، فَسَلَّمَهَا إلى مُشْتَرِيهَا ، ثم مَشَيَا إلى التَّمْرِ فَتَسَلَّمَهُ مِنْ مُشْتَرِيهَا ، أو تَسَلَّمَ / التَّمْرَ ثم مَضَيَا إلى النَّخْلَةِ جَمِيعًا فَسَلَّمَهَا إلى مُشْتَرِيهَا ، أو سَلَّمَ النَّخْلَةَ ، ثم مَضَيَا إلى التَّمْرِ فَتَسَلَّمَهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ التَّفَرُّقَ لَا يَحْصُلُ قَبْلَ الْقَبْضِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ بَيْعَ العَرِيَّةِ يَقَعُ على وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ ثَمْرَةَ هَذِهِ النَّخْلَةِ بِكَذَا وَكَذَا مِنْ التَّمْرِ . وَيَصِفُهُ . والثَّانِي ، أَنْ يَكِيلَ مِنَ التَّمْرِ بِقَدْرِ خَرْصِهَا ، ثم يَقُولَ : بِعْتُكَ هَذَا بِهَذَا ، أو يَقُولَ : بِعْتُكَ ثَمْرَةَ هَذِهِ النَّخْلَةِ بِهَذَا التَّمْرِ ، وَنَحْوَ هَذَا . وَإِنْ بَاعَهُ بِمُعَيَّنٍ فَقَبْضُهُ بِنَقْلِهِ وَأَخْذِهِ ، وَإِنْ بَاعَ بِمَوْصُوفٍ فَقَبْضُهُ بِاكْتِيَالِهِ .

(٢٨) تقدم تخريجه في صفحة ١٢١ .

(٢٩) في الأصل : « لم » .

الفصل الخامس ، أنه لا يجوز بيعها إلا لمحتاج إلى أكلها رطباً ، ولا يجوز بيعها
لغيره . وهذا أحد قولَي الشافعي ، وأباحها في القول الآخر مطلقاً لكل أحد ؛ لأن
كل بيع جاز للمحتاج ، جاز للغير ، كسائر البياعات ، ولأن حديث أبي هريرة
وسهل^(٣٠) مطلقان . ولنا ، حديث زيد بن ثابت^(٣١) ، حين سألته محمود بن لبيد
ما عراياكم هذه ؟ فسمي رجالاً محتاجين من الأنصار ، شكوا إلى رسول الله ﷺ
أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتناغون به رطباً يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر ،
فرخص لهم أن يتناغوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطباً . ومتى خولف الأصل
بشرط ، لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط . ولأن ما أبيح للحاجة ، لم يبح مع
عدمها ، كالزكاة للمساكين ، والترخص^(٣٢) في السفر . فعلى هذا ، متى كان
صاحبها غير محتاج إلى أكل الرطب ، أو كان محتاجاً ، ومعه من الثمن ما يشتري
به العريّة ، لم يجز له شراؤها بالتمر ، وسواء باعها لواهبيها تحرزاً من دخول صاحب
العريّة حائطه كمذهب مالك ، أو لغيره ، فإنه لا يجوز . وقال ابن عقيل : يباح .
ويحتمله كلام أحمد ؛ لأن الحاجة وجدت من الجانبين ، فجاز . كمالو كان المشتري
محتاجاً إلى أكلها . ولنا ، حديث زيد الذي ذكرناه ، والرخصة لمعنى خاص لا
تثبت مع عدمه ، ولأن في حديث زيد وسهل : « يأكلها أهلها رطباً » . ولو جاز
لتخليص المعري لما شرط ذلك . فيشترط إذا / في بيع العريّة شروط خمسة ، أن
يكون فيما دون خمسة أوسق ، وبيعها بخرصها من التمر ، وقبض ثمنها قبل
التفرق ، وحاجة المشتري إلى أكل الرطب ، وأن لا يكون معه ما يشتري به سوى
التمر . واشترط القاضي وأبو بكر شرطاً سادساً ، وهو حاجة البائع إلى البيع .
واشترط الخرقى ، كونها موهوبة لبائعها . واشترط أصحابنا لبقاء العقد ، بأن

١٨٦/٤ ط

(٣٠) حديث أبي هريرة تقدم في صفحة ١٢٠ ، وحديث سهل تقدم في صفحة ١٢١ .

(٣١) تقدم تخريج حديث زيد بن ثابت في صفحة ١٢٤ .

(٣٢) في الأصل : « الرخص » .

يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطْبًا . فَإِنْ تَرَكَهَا حَتَّى تُصِيرَ ثَمْرًا بَطَلَ الْعَقْدُ . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٧١٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ تَرَكَهُ الْمُشْتَرِي حَتَّى يُثْمَرَ بَطَلَ الْعَقْدُ)

يَعْنِي إِنْ لَمْ يَأْخُذْهَا الْمُشْتَرِي رُطْبًا بَطَلَ الْعَقْدُ ، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ : لَا يَبْطُلُ . (١) «وَعَنْ أَحْمَدَ مِثْلُهُ» ؛ لِأَنَّ كُلَّ ثَمَرَةٍ جَازَ بَيْعُهَا رُطْبًا ، لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ إِذَا صَارَتْ ثَمْرًا ، كَغَيْرِ الْعَرِيَّةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : «يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطْبًا» (٢) . وَلِأَنَّ شِرَاءَهَا (٣) «إِنَّمَا جَازَ» لِلْحَاجَةِ إِلَى أَكْلِ الرُّطْبِ ، فَإِذَا أَثْمَرَتْ تَبَيَّنَا عَدَمَ الْحَاجَةِ ، فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ . ثُمَّ لَا فَرْقَ بَيْنَ تَرْكِهِ لِغِنَاؤِهَا عَنْهَا ، أَوْ مَعَ (٤) حَاجَتِهِ إِلَيْهَا ، أَوْ تَرْكِهَا لِغُدْرِ ، أَوْ لِغَيْرِ غُدْرٍ ؛ لِلخَبَرِ . وَلَوْ أَخَذَهَا رُطْبًا فَتَرَكَهَا عِنْدَهُ فَأَثْمَرَتْ ، أَوْ شَمَسَهَا ، حَتَّى صَارَتْ ثَمْرًا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَخَذَهَا . وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى فِي مَنْ اشْتَرَى ثَمَرَةً قَبْلَ بُدْؤِ صَلَاحِهَا ، ثُمَّ تَرَكَهَا حَتَّى بَدَا صَلَاحُهَا ، لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ . فَيُخْرَجُ هُنَا مِثْلُهُ . فَإِنْ أَخَذَ بَعْضَهَا رُطْبًا ، وَتَرَكَ بَاقِيَهَا حَتَّى أَثْمَرَ ، فَهَلْ يَبْطُلُ الْبَيْعُ فِي الْبَاقِي ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْعَرِيَّةِ فِي غَيْرِ النَّخِيلِ . وَهُوَ اخْتِيارُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَقَوْلُ اللَّيْثِ ابْنِ سَعْدٍ . إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا ثَمَرَتْهُ لَا يَجْرِي فِيهَا الرُّبَا ، فَيَجُوزُ بَيْعُ رُطْبِهَا بِبَابِهَا ؛ لِعَدَمِ جَرَيَانِ الرُّبَا فِيهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ فِي الْعِنَبِ وَالرُّطْبِ دُونَ غَيْرِهِمَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعِنَبَ كَالرُّطْبِ فِي وُجُوبِ الزَّكَاةِ فِيهِمَا ، وَجَوَازِ خَرْصِهِمَا ، وَتَوْسِيقِهِمَا ، وَكَثْرَةِ تَبْيِيسِهِمَا ، وَاقْتِيَاتِهِمَا فِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ ، وَالْحَاجَةِ إِلَى أَكْلِ رُطْبِهِمَا ، وَالتَّنْصِيفِ عَلَى الشَّيْءِ يُوجِبُ ثُبُوتَ الْحُكْمِ فِي مِثْلِهِ . وَلَا يَجُوزُ فِي

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٤ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « ما » .

غيرهما ؛ لاختلافيهما في أكثر هذه المعاني ، / فإنه لا يمكن خرصها ؛ لتفرقها في ١٨٧/٤ و الأغصان ، واستتارها بالأوراق ، ولا يفتات يابسها ، فلا يحتاج إلى الشراء به . وقال القاضي : يجوز في سائر الثمار . وهو قول مالك والأوزاعي ، قياساً على ثمرة النخيل . ولنا ، ما روى الترمذي^(٥) ، أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة ، الثمر بالتمر ، إلا أصحاب العرايا ، فإنه قد أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب ، وكل ثمرة بخرصها . وهذا حديث حسن . وهذا يدل على تخصيص العريّة بالتمر . وعن زيد بن ثابت ، عن رسول الله ﷺ ، أنه رخص^(٦) بعد ذلك في بيع العريّة بالرطب أو بالتمر^(٧) . ولم يرخص في غير ذلك . وعن ابن عمر قال : نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة^(٨) ، والمزابنة : بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً ، وبيع العنب بالزبيب كيلاً ، وعن كل ثمرة بخرصه . ولأن الأصل يقتضي تحريم بيع العريّة ، وإنما جازت في ثمرة النخيل رخصة ، ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين ؛ أحدهما ، أن غيرها لا يساويها في كثرة الاقتيات بها ، وسهولة خرصها ، وكون الرخصة في الأصل لأهل المدينة ، وإنما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره . الثاني ، أن القياس لا يعمل به إذا خالف نصاً ، وقياسهم يخالف خصوصاً غير مخصوصة ، وإنما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص ، ونهى النبي ﷺ عن بيع العنب بالزبيب لم يدخله تخصيص فيقاس عليه ، وكذلك سائر الثمار . والله أعلم .

(٥) في : باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٣٠٧/٥ .

(٦) في الأصل : « أرخص » .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٥ .

(٨) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٠ .

باب بيع الأصول والثمار

٧٢٠ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللهُ : (وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا مُؤَبَّرًا ، وَهُوَ مَا قَدْ تَشَقَّقَ طَلْعُهُ ، فَالْثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ مَثْرُوكَةٌ فِي النَّخْلِ إِلَى الْجِزَازِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ)

أَصْلُ الْإِبَارِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ : التَّلْقِيحُ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : إِلَّا أَنَّهُ لَا يَكُونُ حَتَّى يَتَشَقَّقَ الطَّلْعُ ، وَتَظْهَرَ الثَّمَرَةُ ، فَعَبَّرَ بِهِ عَنْ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ ؛ لِلزُّومِ مِنْهُ . وَالْحُكْمُ مُتَعَلِّقٌ بِالظُّهُورِ ، دُونَ نَفْسِ التَّلْقِيحِ ، بِغَيْرِ اخْتِلَافٍ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ ، يُقَالُ : أُبْرِثُ النَّخْلَةَ بِالتَّخْفِيفِ وَالتَّشْدِيدِ ، فَهِيَ مُؤَبَّرَةٌ / وَمَأْبُورَةٌ . وَمِنْهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « خَيْرُ الْمَالِ سِكَّةٌ مَأْبُورَةٌ » ^(١) . وَالسِّكَّةُ : النَّخْلُ الْمَصْفُوفُ . وَأُبْرِثُ النَّخْلَةَ ، أُبْرِثُهَا ، أُبْرِثُ ، وَإِبَارًا ، وَأُبْرِثُهَا تَأْبِيرًا ، وَتَأْبِثُ النَّخْلَةَ ، وَاتَّبِثْتُ ، وَمِنْهُ قَوْلُ الشَّاعِرِ :
* تَأْبِثِي يَا خَيْرَةَ الْفَسِيلِ ^(٢) *

وَفَسَّرَ الْخَرَقِيُّ الْمُؤَبَّرَ بِمَا قَدْ تَشَقَّقَ طَلْعُهُ ؛ لِتَعَلُّقِ الْحُكْمِ بِذَلِكَ ، دُونَ نَفْسِ التَّأْبِيرِ . قَالَ الْقَاضِي : ^(٣) وَقَدْ يَتَشَقَّقُ الطَّلْعُ بِنَفْسِهِ فَيُظْهَرُ ^(٤) ، وَقَدْ يَشَقُّهُ الصَّعَادُ فَيُظْهَرُ . وَأَيُّهُمَا كَانَ فَهُوَ التَّأْبِيرُ الْمُرَادُ هُنَا .
وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فُصُولٌ ثَلَاثَةٌ :

الأول : أَنَّ الْبَيْعَ مَتَى وَقَعَ عَلَى نَخْلٍ مُثْمِرٍ ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ ^(٥) الثَّمَرَةَ ، وَكَانَتْ

(١) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٦٨/٣ . وَالطَّبْرَانِيُّ فِي الْمَعْجَمِ الْكَبِيرِ ١٠٧/٧ . كِلَاهُمَا عَنْ نُسَيْدِ بْنِ هَبِيرَةَ .

(٢) الرِّجْزُ فِي اللِّسَانِ ، وَتَاجُ الْعُرُوسِ (أ ب ر) .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « يَشْرُطُ » .

الثَّمَرَةُ مُؤَبَّرَةٌ ، فهي لِلْبَائِعِ . وإن كانت غيرَ مُؤَبَّرَةٍ ، فهي لِلْمُشْتَرِي . وبهذا قال مالِكٌ ، والليثُ ، والشَّافِعِيُّ . وقال ابنُ أبي ليلي : هي لِلْمُشْتَرِي في الحَالَيْنِ ؛ لأنَّها مُتَّصِلَةٌ بِالْأَصْلِ^(٥) اتِّصَالُ خِلْقَةٍ ، فكانت تابعةً له ، كالْأَغْصَانِ . وقال أبو حنيفة ، والأوزاعيُّ : هي لِلْبَائِعِ في الحَالَيْنِ^(٦) ؛ لأنَّ هذا نَمَاءٌ له حَدٌّ ، فلم يَتَّبِعْ أَصْلَهُ في البَيْعِ ، كالزَّرْعِ في الأَرْضِ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « من ابتاعَ نَخْلًا بعدَ أَنْ تُؤَبَّرَ ، فثَمَرُهَا لِلَّذِي بَاعَهَا ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٧) . وهذا صَرِيحٌ في رَدِّ قولِ ابنِ أبي ليلي ، وَحُجَّةٌ على أبي حنيفة والأوزاعيِّ بِمَفْهُومِهِ ؛ لأنَّه جَعَلَ التَّأْيِيرَ حَدًّا لِمَلِكِ الْبَائِعِ لِلثَّمَرَةِ ، فيكونُ ما قبلَهُ لِلْمُشْتَرِي ، وإِلَّا لم يَكُنْ حَدًّا ، ولا كانَ ذِكْرُ التَّأْيِيرِ مُفِيدًا . ولأنَّه نَمَاءٌ كَامِنٌ لظُهُورِهِ غَايَةً ، فكانَ تابعًا لِأَصْلِهِ قبلَ ظُهُورِهِ ، وغيرَ تابعٍ له بعدَ ظُهُورِهِ ، كالحَمَلِ في الْحَيَوَانِ . فَأَمَّا الْأَغْصَانُ ، فَإِنَّهَا تَدْخُلُ في اسْمِ النَّخْلِ ، وليسَ لائِفْصَالِهَا غَايَةً ، والزَّرْعُ ليسَ منَ نَمَاءِ الأَرْضِ ، وإِنَّمَا هو مُودَعٌ فيها .

الفصل الثاني : أَنَّهُ مَتَى اشْتَرَطَهَا أَحَدُ الْمُتَبَايِعَيْنِ ، فهي له ، مُؤَبَّرَةٌ كانت أو غيرَ مُؤَبَّرَةٍ ، الْبَائِعُ فيه وَالْمُشْتَرِي سَوَاءً . وقال مالِكٌ : إِنْ اشْتَرَطَهَا الْمُشْتَرِي بعدَ التَّأْيِيرِ ، جازَ ؛ لأنَّه بِمَنْزِلَةِ شِرَائِهَا معَ أَصْلِهَا ، وَإِنْ اشْتَرَطَهَا الْبَائِعُ قبلَ^(٩) التَّأْيِيرِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ اشْتِرَاطَهُ لها بِمَنْزِلَةِ شِرَائِهِ لها قبلَ بُدْوَ صِلَاحِهَا بِشَرْطِ تَرْكِهَا . ولنا ، أَنَّهُ اسْتَشْنَى بَعْضَ ما وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ وهو مَعْلُومٌ ، فَصَحَّ ، كَالوَبَاغِ حَائِطًا ، واسْتَشْنَى نَخْلَةً / بَعَيْنِهَا . ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ : نَهَى عن الثُّنْيَا^(١٠) ، إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ^(١١) . ولأنَّه أَحَدُ ١٨٨/٤ و

(٥) في الأصل : « الأصل » .

(٦) في الأصل : « الحال » .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢١ .

(٨) سقط من : م .

(٩) في الأصل : « بعد » .

(١٠) الثنْيَا ؛ بضم المثلثة : كل ما استثنيت .

(١١) أخرجه أبو داود ، في : باب في المخابرة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٣٥ . والترمذی ، في : =

المُتَبَايَعِينَ ، فَصَحَّ اشْتِرَاؤُهُ لِلثَّمَرَةِ ، كَالْمُشْتَرَى ، وَقَدْ ثَبَتَ الْأَصْلُ بِالِاتِّفَاقِ عَلَيْهِ ، وَبِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهَا الْمُتَبَايَعُ » ^(١٢) . وَلَوْ اشْتَرَطَ أَحَدُهُمَا جُزْءًا مِنَ الثَّمَرَةِ مَعْلُومًا ، كَانَ ذَلِكَ كَاشْتِرَاطِ جَمِيعِهَا فِي الْجَوَازِ ، فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ ، وَقَوْلِ أَشْهَبَ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ . وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُ بَعْضِهَا ؛ لِأَنَّ الْخَبَرَ إِنَّمَا وَرَدَ بِاشْتِرَاطِ جَمِيعِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ مَا جَازَ اشْتِرَاؤُ جَمِيعِهِ ، جَازَ اشْتِرَاؤُ بَعْضِهِ ، كَمُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ فِي مَالِ الْعَبْدِ إِذَا اشْتَرَطَ بَعْضَهُ .

الفصل الثالث : أَنَّ الثَّمَرَةَ إِذَا بَقِيَتْ لِلْبَائِعِ ، فَلَهُ تَرْكُهَا فِي الشَّجَرِ إِلَى أَوَانِ الْجِزَارِ ، سَوَاءً اسْتَحَقَّهَا بِشَرْطِهِ ، أَوْ بظُهُورِهَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْزَمُهُ قَطْعُهَا ، وَتَفْرِيعُ النَّخْلِ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ مَشْغُولٌ بِمِلْكِ الْبَائِعِ ، فَلَزِمَ نَقْلُهُ وَتَفْرِيعُهُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا فِيهَا طَعَامٌ ، أَوْ قُمَاشٌ لَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّقْلَ وَالتَّفْرِيعَ لِلْمَبِيعِ عَلَى حَسَبِ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا فِيهَا طَعَامٌ ، لَمْ يَجِبْ نَقْلُهُ إِلَّا عَلَى حَسَبِ الْعَادَةِ فِي ذَلِكَ ، وَهُوَ أَنْ يَنْقُلَهُ نَهَارًا ، شَيْئًا بَعْدَ شَيْءٍ ، وَلَا يَلْزَمُهُ النَّقْلُ لَيْلًا ، وَلَا جَمْعُ دَوَابِّ الْبَلَدِ لِنَقْلِهِ . كَذَلِكَ هُنَا ، يُفْرَغُ النَّخْلُ مِنَ الثَّمَرَةِ فِي أَوَانِ تَفْرِيعِهَا ، وَهُوَ أَوَانُ جِزَارِهَا ، وَقِيَاسُهُ حُجَّةٌ لَنَا ؛ لَمَّا بَيَّنَّاهُ . إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَالْمَرْجِعُ فِي جِزْءِهِ إِلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، فَإِذَا كَانَ الْمَبِيعُ نَخْلًا ، فَحِينَ تَنْتَاهِي حَلَاوَةُ ثَمَرِهِ ^(١٣) ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا بُسِرَ ^(١٤) خَيْرٌ مِنْ رُطْبِهِ ، أَوْ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِأَخْذِهِ ^(١٥) بُسْرًا ، فَإِنَّهُ يَجْزُءُ حِينَ تَسْتَحْكِمُ حَلَاوَةُ بُسْرِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا هُوَ الْعَادَةُ ، فَإِذَا اسْتَحْكَمَتْ حَلَاوَتُهُ ، فَعَلَيْهِ نَقْلُهُ . وَإِنْ قِيلَ : بَقَاؤُهُ فِي شَجَرِهِ خَيْرٌ لَهُ وَأَبْقَى ؛ فَعَلَيْهِ النَّقْلُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ فِي النَّقْلِ قَدْ حَصَلَتْ ، وَلَيْسَ لَهُ إِبْقَاؤُهُ بَعْدَ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ

= باب ما جاء في النهي عن الثنيا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٩٠/٥ . والنسائي ، في : باب النهي

عن بيع الثنيا حتى تعلم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٠/٧ .

(١٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢١ .

(١٣) في الأصل : « ثمرها » .

(١٤) البُسْر : ثمر النخل قبل أن يصبح رطبًا .

(١٥) في م : « بأخذ » .

المَبِيعُ عَيْنًا ، أَوْ فَاكِهَةً ، سَوَاءُ ، فَأَخَذَهُ حِينَ يَتَنَاهَى إِذْرَاكُهُ ، وَتَسْتَحْكِمُ حَلَاوَتَهُ ،
وَيُجْزُ مِثْلُهُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ .

فصل : فَإِنْ أُبْرَ بَعْضُهُ دُونَ بَعْضٍ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ مَا أُبْرَ لِلْبَائِعِ ،
وَمَا لَمْ يُؤَبَّرَ لِلْمُشْتَرِي . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ / ؛ لِلخَبَرِ الَّذِي عَلَيْهِ مَبْنَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ،
فَإِنْ صَرِيحُهُ ، أَنَّ مَا أُبْرَ لِلْبَائِعِ ، وَمَقْهُومُهُ ، أَنَّ مَا لَمْ يُؤَبَّرَ لِلْمُشْتَرِي . وَقَالَ ابْنُ
حَامِدٍ : الْكُلُّ لِلْبَائِعِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّا إِذَا لَمْ نَجْعَلِ الْكُلَّ لِلْبَائِعِ ، أَدَّى
إِلَى الْإِضْرَارِ بِاشْتِرَاكِ الْأَيْدِي فِي الْبُسْتَانِ ، فَيَجِبُ أَنْ يُجْعَلَ مَا لَمْ يُؤَبَّرَ تَبَعًا لِمَا أُبْرَ ،
كَثَمَرِ النَّخْلَةِ الْوَاحِدَةِ ، فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ فِي أَنَّ تَأْيِيرَ بَعْضِ النَّخْلَةِ يَجْعَلُ جَمِيعَهَا
لِلْبَائِعِ ، وَقَدْ يَتَّبِعُ الْبَاطِنُ^(١٦) الظَّاهِرَ مِنْهُ ، كَأَسَاسَاتِ الْحِيطَانِ تَتَّبِعُ الظَّاهِرَ مِنْهُ .
وَلَأَنَّ الْبُسْتَانَ إِذَا بَدَأَ صَلَاحُ ثَمَرِهِ مِنْهُ جَازَ بَيْعُ جَمِيعِهَا بِغَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ ، كَذَا
هَهُنَا ، وَهَذَا مِنَ النَّوعِ الْوَاحِدِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ النَّوعَ الْوَاحِدَ يَتَقَارَبُ وَيَتَلَاخَقُ ،
فَأَمَّا إِنْ أُبْرَ ، لَمْ يَتَّبِعْهُ النَّوعُ الْآخَرُ . وَلَمْ يُفَرِّقْ أَبُو الْخَطَّابِ بَيْنَ النَّوعِ وَالْجِنْسِ
كُلَّهُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى سُوءِ الْمُشَارَكَةِ ، وَاخْتِلَافِ
الْأَيْدِي ، كَمَا فِي النَّوعِ الْوَاحِدِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّوعَيْنِ يَتَبَاعَدَانِ ، وَيَتَمَيَّزُ أَحَدُهُمَا مِنَ
الْآخَرِ ، وَلَا يُخْشَى اخْتِلَاطُهُمَا وَاشْتِبَاهُهُمَا . فَأَشْبَهَا الْجِنْسَيْنِ . وَمَا ذَكَرَهُ يَنْطَلُ
بِالْجِنْسَيْنِ . وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى النَّوعِ الْوَاحِدِ ؛ لِإِفْتِرَاقِهِمَا فِيمَا ذَكَرْنَاهُ . وَلَوْ
بَاعَ حَائِطَيْنِ قَدْ أُبْرَ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَتَّبِعْهُ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى سُوءِ الْمُشَارَكَةِ ،
وَاخْتِلَافِ الْأَيْدِي ؛ لِإِفْرَادِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ . وَلَوْ أُبْرَ بَعْضُ الْحَائِطِ ،
فَأَفْرَدَ بِالْبَيْعِ مَا لَمْ يُؤَبَّرَ ، فَلِلْمَبِيعِ حُكْمُ نَفْسِهِ ، وَلَا يَتَّبِعُ غَيْرَهُ . وَخَرَجَ الْقَاضِي
وَجْهًا فِي أَنَّهُ يَتَّبِعُ غَيْرَ الْمَبِيعِ ، وَيَكُونُ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لِلْحَائِطِ كُلِّهِ حُكْمُ
التَّأْيِيرِ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ لَمْ

(١٦) فِي النِّسْخِ : « الْبَاطِلُ » .

يُؤَبَّرُ مِنْهُ شَيْءٌ ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ لِلْمُشْتَرِي ، بِمَفْهُومِ الْخَبَرِ ، وَكَأَلَوْ كَانَ مُتَفَرِّدًا فِي بُسْتَانٍ وَحْدَهُ . وَلِأَنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى سُوءِ الْمُشَارَكَةِ ، وَلَا اخْتِلَافِ الْأَيْدِي ، وَلَا إِلَى ضَرَرٍ ، فَبَقِيَ عَلَى حُكْمِ الْأَصْلِ . فَإِنْ بَيَّعَتِ النَّخْلَةُ وَقَدْ أُبْرِثَ كُلُّهَا ، أَوْ بَعْضُهَا ، فَأُطْلِعَتْ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَأُطْلِعَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ حَدَثَ فِي مِلْكِهِ ، فَكَانَ لَهُ ، كَأَلَوْ حَدَثَ بَعْدَ جِزَازِ الثَّمَرَةِ . وَلِأَنَّ مَا أُطْلِعَ بَعْدَ تَأْيِيرِ غَيْرِهِ لَا يَكَادُ يَشْتَبَهُ بِهِ ؛ لِتَبَاعُدِ مَا بَيْنَهُمَا .

فصل : وَطَلَعُ الْفُحَّالِ^(١٧) كَطَلَعِ الْإِنَاثِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ . / وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ طَلَعُ الْفُحَّالِ لِلْبَائِعِ قَبْلَ ظُهُورِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤْخَذُ لِلْأَكْلِ قَبْلَ ظُهُورِهِ ، فَهُوَ كَثْمَرَةٍ لَا تُخْلَقُ إِلَّا ظَاهِرَةً ، كَالثَّيْنِ ، وَيَكُونُ ظُهُورُ طَلْعِهِ كَظُهُورِ ثَمَرَةٍ^(١٨) غَيْرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا ثَمَرَةٌ نَحْلُ إِذَا تُرِكَتْ ظَهَرَتْ ، فَهِيَ كَالْإِنَاثِ ، أَوْ يَدْخُلُ فِي عُمُومِ الْخَبَرِ . وَمَا ذَكَرَ لِلْوَجْهِ الْآخِرِ لَا يَصِحُّ^(١٩) ؛ فَإِنَّ أَكْلَهُ لَيْسَ هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا يُرَادُ لِلتَّلْقِيحِ بِهِ ، وَهُوَ يَكُونُ بَعْدَ ظُهُورِهِ ، فَأُشْبِهَ طَلَعُ الْإِنَاثِ . فَإِنْ بَاعَ نَحْلًا فِيهِ فُحَّالٌ وَإِنَاثٌ لَمْ يَتَشَقَّقْ^(٢٠) مِنْهُ شَيْءٌ ، فَالْكُلُّ^(٢١) لِلْمُشْتَرِي ، إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ ، فَإِنْ طَلَعُ الْفُحَّالِ يَكُونُ لِلْبَائِعِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ تَشَقَّقَ طَلَعُ أَحَدِ التَّوَعَيْنِ دُونَ الْآخَرِ ، فَمَا تَشَقَّقَ فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَمَا لَمْ يَتَشَقَّقْ لِلْمُشْتَرِي ، إِلَّا عِنْدَ مَنْ سَوَّى بَيْنَ الْأَنْوَاعِ كُلِّهَا . وَإِنْ تَشَقَّقَ طَلَعُ بَعْضِ الْإِنَاثِ أَوْ بَعْضِ الْفُحَّالِ ، فَالَّذِي قَدْ ظَهَرَ لِلْبَائِعِ ، وَمَا لَمْ يَظْهَرْ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْاخْتِلَافِ فِيهِ .

فصل : وَكُلُّ عَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ يَجْرِي مَجْرَى الْبَيْعِ ، فِي أَنَّ الثَّمَرَةَ الْمُؤَبَّرَةَ تَكُونُ لِمَنْ

(١٧) الْفُحَّالُ ؛ بَضْمُ الْفَاءِ الْمَعْجَمَةِ وَتَشْدِيدُ الْحَاءِ : ذَكَرَ النَّخْلَ .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٩) فِي م : « يَصْلَحُ » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « يَشَقَّقُ » .

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « فَلَكَ » .

انْتَقَلَ عَنْهُ الْأَصْلُ ، وَغَيْرَ الْمُؤَبَّرَةِ لِمَنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ ، مِثْلُ أَنْ يُصَدِّقَ الْمَرْأَةَ نَحْلًا ، أَوْ يَخْلَعَهَا بِهِ ، أَوْ يَجْعَلَهُ عَوْضًا فِي إِجَارَةٍ ، أَوْ عَقْدٍ صُلْحٍ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَجَرَى مَجْرَى الْبَيْعِ . وَإِنْ انْتَقَلَ بِغَيْرِ مُعَاوَضَةٍ ، كَالْهَبَةِ ، وَالرَّهْنِ ، أَوْ فُسِخَ لِأَجْلِ الْغَيْبِ ، أَوْ فَلَسَ الْمُشْتَرِي ، أَوْ رُجِعَ الْأَبُ فِي هَبْتِهِ لَوْلَدِهِ ، أَوْ ثَقَايِلَا الْمَبِيعِ ، أَوْ كَانَ صَدَاقًا فَرَجَعَ إِلَى الزَّوْجِ لِفَسْخِ الْمَرْأَةِ النِّكَاحِ ، أَوْ نِصْفُهُ لِطَلَاقِ الزَّوْجِ ، فَإِنَّهُ فِي الْفَسْخِ يَتَّبِعُ الْأَصْلَ ، سَوَاءٌ أَتَى ، أَوْ لَمْ يُؤَبَّرْ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مُتَّصِلٌ ، فَأَشْبَهَ السَّمْنَ ، وَفِي الْهَبَةِ وَالرَّهْنِ حُكْمُهُمَا حُكْمُ الْبَيْعِ ، فِي أَنَّهُ يَتَّبِعُ قَبْلَ التَّأْيِيرِ ، وَلَا يَتَّبِعُ فِيمَا بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ زَالَ عَنِ الْأَصْلِ بِغَيْرِ فَسْخٍ ، فَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ ، كَالْبَيْعِ . وَأَمَّا رُجُوعُ الْبَائِعِ لِفَلَسِ الْمُشْتَرِي ، أَوْ الزَّوْجِ لِإِنْفِسَاخِ النِّكَاحِ ، فَيُذَكَّرَانِ فِي بَايْتِهِمَا .

٧٢١ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ يَبِيعُ الشَّجَرُ إِذَا كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ ^(١)) بَادٍ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الشَّجَرَ عَلَى خَمْسَةِ أَضْرِبٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يَكُونُ ثَمَرُهُ فِي أَكْمَامِهِ ، ثُمَّ تَتَفَتَّحُ الْأَكْمَامُ ، فَيُظْهِرُ ، كَالنَّخْلِ الَّذِي وَرَدَتْ السُّنَّةُ فِيهِ ، وَبَيْنَا حُكْمَهُ ، وَهُوَ الْأَصْلُ ، وَمَا عَدَاهُ مَقِيسٌ عَلَيْهِ ، / وَمُلْحَقٌ بِهِ . وَمِنْ هَذَا الضَّرْبِ ؛ ^{١٨٩/٤} ظ الْقُطْنُ ، وَمَا يُقْصَدُ نَوْرُهُ ؛ كَالْوَرْدِ ، وَالْيَاسْمِينِ ، وَالنَّرْجِسِ ، وَالْبَنْفَسَجِ ، فَإِنَّهُ تَظْهَرُ أَكْمَامُهُ ثُمَّ تَتَفَتَّحُ ، فَيُظْهِرُ ، فَهُوَ كَالطَّلَعِ إِنْ تَفَتَّحَ جُنْبُهُ ^(٢) ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي . الثَّانِي ، مَا تَظْهَرُ ثَمَرَتُهُ بَارِزَةً لَا قِشْرَ عَلَيْهَا وَلَا نَوْرَ ، كَالثُّوْبِ ، وَالتُّوتِ ، وَالْجُمَيْرِ ، فَهِنَّ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ ظُهُورَهَا مِنْ شَجَرِهَا بِمَنْزِلَةِ ظُهُورِ الطَّلَعِ مِنْ قِشْرِهِ . الثَّالِثُ ، مَا يَظْهَرُ فِي قِشْرِهِ ، ثُمَّ يَبْقَى فِيهِ إِلَى حِينِ الْأَكْلِ ، كَالرُّمَّانِ ، وَالْمَوْزِ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ أَيْضًا بِنَفْسِ الظُّهُورِ ؛ لِأَنَّ قِشْرَهُ مِنْ مَصْلَحَتِهِ ، وَيَبْقَى فِيهِ إِلَى

(١) فِي م : « ثَمَر » .

(٢) الْجُنْبُذُ : وَرَدَ الشَّجَرَةُ قَبْلَ أَنْ يَتَفَتَّحَ .

حين الأكل ، فهو كالتين . ولأن قشره يُنزَل منزلة أجزائه ؛ للزومه إيّاه ، وكونه من مصلحته . الضرب الرابع ، ما يظهر في قشرين ، كالجوز ، واللوز ، فهو للبائع أيضا بنفس الظهور ؛ لأن قشره لا يزول عنه غالبا ، إلا بعد جزائه ، فأشبه الضرب الذى قبله . ولأن قشر اللوز يؤكل معه ، فأشبه التين . وقال القاضى : إن تشقق القشر الأعلى فهو للبائع ، وإن لم يتشقق فهو للمشتري ، كالطلع . ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادرا ، ولا يصح قياسه على الطلع ؛ لأن الطلع لا بد من تشققه ، وتشققه من مصلحته ، وهذا بخلافه ، فإنه لا يتشقق على شجره ، وتشققه قبل كماله يفسده . الخامس ، ما يظهر نوره ، ثم يتناثر ، فتظهر الثمرة ، كالنفاح ، والمشمش ، والإجاص^(٣) ، والخوخ . فإذا تفتح نوره ، وظهرت الثمرة فيه ، فهي للبائع ، وإن لم تظهر ، فهي للمشتري . وقيل : ما تناثر نوره ، فهو للبائع ، وما لا فهو للمشتري ؛ لأن الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور . وقال القاضى : يحتمل أن تكون للبائع بظهور نوره ؛ لأن الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر ، فإن العقد التى فى جوف الطلع ليست عين الثمرة ، وإنما هى أوعية لها ، تكبر الثمرة فى جوفها ، وتظهر ، فتصير العقدة فى طرفها ، وهى قمع الرطبة . وقول الخرقى يقتضى ما قلناه ؛ لأنه علق استحقاق البائع لها بكون الثمر باديا لا يندو نوره . ولا يندو الثمر حتى يتفتح^(٤) نوره . وقد يندو إذا كبر قبل أن ينثر النور ، فتعلق ذلك بظهوره . والعنب بمنزلة ماله نور ؛ لأنه يندو فى قطوفه شىء صغار كحب الدخن ، ثم يتفتح ، ويتناثر ، كتناثر^(٥) النور ، فيكون من هذا / القسم . والله أعلم . وهذا يفارق الطلع ؛ لأن الذى فى الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير ، والنور فى هذه الثمار يتساقط ، ويذهب ، وتظهر الثمرة . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل جميعه كما

١٩٠/٤ و

(٣) الإجاص : الكمثرى أو البرقوق .

(٤) فى م : لا يفتح .

(٥) فى الأصل : كسائر .

ذَكَرْنَا هُنَا ، أَوْ قَرِيبًا مِنْهُ ، وَبَيْنَهُمَا اخْتِلَافٌ عَلَى حَسَبِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ ،
أَوْ قَرِيبًا مِنْهُ .

فصل : فَأَمَّا الْأَغْصَانُ ، وَالْوَرَقُ ، وَسَائِرُ أَجْزَاءِ الشَّجَرِ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي بِكُلِّ
حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَجْزَائِهَا خُلِقَ لِمَصْلَحَتِهَا ، فَهُوَ كَأَجْزَاءِ سَائِرِ الْمَبِيعِ . وَيَحْتَمِلُ
أَنْ يَكُونَ وَرَقُ الثَّوْتِ الَّذِي يُقْصَدُ أَخْذُهُ لِتَرْبِيَةِ دُودِ الْقَزِّ إِنْ تَفَتَّحَ ، فَهُوَ لِلْبَّائِعِ ،
وَالْأُفْهُوَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْجُنُبِ الَّذِي يَتَفَتَّحُ ، فَيُظْهِرُ نُورَهُ مِنَ الْوَرْدِ وَغَيْرِهِ ،
وَهَذَا فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي عَادَتْهُمْ أَخْذُ الْوَرَقِ ، وَإِنْ لَمْ تُكُنْ عَادَتُهُمْ ذَلِكَ ، فَهُوَ
لِلْمُشْتَرِي ، كَسَائِرِ وَرَقِ الشَّجَرِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِذَا كَانَتِ الثَّمَرَةُ لِلْبَّائِعِ مُبْقَاةً فِي شَجَرِ الْمُشْتَرِي ، فَاحْتَاجَتْ إِلَى سَقْيٍ ،
لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي مَنْعُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى بِهِ ، فَلَزِمَهُ تَمْكِينُهُ مِنْهُ ، كَتَرَكِهِ عَلَى الْأَصُولِ .
وَإِنْ أَرَادَ سَقْيَهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، فَلِلْمُشْتَرِي مَنْعُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ بِسَقْيِهِ يَتَضَمَّنُ التَّصَرُّفَ
فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ مَنْعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا أَبَاحَتْهُ الْحَاجَةُ ،
فَإِنْ لَمْ تَوْجِدِ الْحَاجَةُ يَبْقَى عَلَى أَصْلِ الْمَنْعِ . فَإِنْ احْتَاجَتْ إِلَى السَّقْيِ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ
عَلَى الشَّجَرِ ، أَوْ احْتَاجَ الشَّجَرُ إِلَى سَقْيٍ يَضُرُّ بِالثَّمَرَةِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : أَيُّهُمَا طَلَبَ
السَّقْيَ لِحَاجَتِهِ أُجِبَ الْآخَرُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْعَقْدِ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِي
اِقْتَضَى عَقْدَهُ بَبَقِيَّةِ الثَّمَرَةِ ، وَالسَّقْيُ مِنْ بَقِيَّتِهَا ، وَالْعَقْدُ اقْتَضَى تَمْكِينَ الْمُشْتَرِي
مِنْ حِفْظِ الْأَصُولِ ، وَتَسْلِيمِهَا ، فَلَزِمَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا أَوْجَبَهُ الْعَقْدُ لِلْآخَرِ ،
وَإِنْ أَضُرَّ بِهِ . وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يَسْقِيَ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْحَاجَةِ ، رُجِعَ
إِلَى أَهْلِ الْخِبَرَةِ . وَأَيُّهُمَا التَّمَسَّ السَّقْيَ فَاَلْمُونَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لِحَاجَتِهِ .

فصل : فَإِنْ خِيفَ عَلَى الْأَصُولِ الضَّرَرُ بِبَقِيَّةِ الثَّمَرَةِ عَلَيْهَا لِعَطَشٍ أَوْ غَيْرِهِ ،
وَالضَّرَرُ يَسِيرٌ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَطْعِهَا / ؛ لِأَنَّهُا مُسْتَحِقَّةٌ لِلْبَقَاءِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى إِزَالَتِهَا
لِدَفْعِ ضَرَرٍ يَسِيرٍ عَنْ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا ، فَخِيفَ عَلَى الْأَصُولِ الْجَفَافُ ، أَوْ
نَقَصُ حَمْلِهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُجْبَرُ أَيْضًا لِذَلِكَ . الثَّانِي ، يُجْبَرُ عَلَى

الْقَطْعُ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يُلْحَقُهَا وَإِنْ لَمْ تُقَطَّعْ ، وَالْأَصُولُ تَسْلَمُ بِالْقَطْعِ ، فَكَانَ الْقَطْعُ أَوَّلَى . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَالْوَجْهَيْنِ .

فصل : وَإِذَا بَاعَ شَجَرًا فِيهِ ثَمَرٌ لِلْبَائِعِ ، فَحَدَّثَتْ ثَمَرَةً أُخْرَى ، أَوْ اشْتَرَى ثَمَرَةً فِي شَجَرِهَا ، فَحَدَّثَتْ ثَمَرَةً أُخْرَى ، فَإِنْ تَمَيَّزَتَا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ ثَمَرَتُهُ ، وَإِنْ لَمْ تَتَمَيَّزْ إِحْدَاهُمَا مِنَ الْأُخْرَى ، فَهُمَا شَرِيكَانِ فِيهِمَا ، كُلُّ وَاحِدٍ يَقْذِرُ ثَمَرَتَهُ . فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ قَدْرُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، اصْطَلَحَا عَلَيْهَا ، وَلَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ لَمْ يَتَعَذَّرْ تَسْلِيمُهُ ، وَإِنَّمَا اخْتَلَطَ بغيرِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى طَعَامًا فِي مَكَانٍ ، فَأَنْشَأَ عَلَيْهِ طَعَامٌ لِلْبَائِعِ ، أَوْ أَنْشَأَ هُوَ عَلَى طَعَامٍ لِلْبَائِعِ ، وَلَمْ يُعْرِفْ قَدْرُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَيُفَارِقُ هَذَا مَا لَوْ اشْتَرَى ثَمَرَةً قَبْلَ بُدْوَ صَلَاحِهَا ، فَتَرَكَهَا حَتَّى بَدَا صَلَاحُهَا ، أَوْ اشْتَرَى عَرِيَّةً ، فَتَرَكَهَا حَتَّى أَثْمَرَتْ ، فَإِنَّ الْعَقْدَ يَبْطُلُ فِي إِحْدَى الرَّوَائِطَيْنِ ؛ لَكَوْنِ اخْتِلَاطِ الْمَبِيعِ بغيرِهِ حَصَلَ بِارْتِكَابِ النَّهْيِ ، وَكَوْنِهِ يَتَّخِذُ حِيلَةً عَلَى شِرَاءِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْوَ صَلَاحِهَا ، أَوْ شِرَاءِ الرُّطْبِ بِالثَّمَرِ مِنْ غَيْرِ كَيْلٍ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى أَكْلِهِ رُطْبًا ، وَهَهُنَا مَا ارْتَكَبَ نَهْيًا ، وَلَا يَجْعَلُ هَذَا طَرِيقًا إِلَى فِعْلِ الْمُحَرَّمِ . وَجَمَعَ أَبُو الْخَطَّابِ بَيْنَهُمَا ، فَقَالَ : فِي الْجَمِيعِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَبْطُلُ الْعَقْدُ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَبْطُلُ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَتْ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ ، فَحَدَّثَتْ ثَمَرَةً أُخْرَى ، قِيلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ : اسْمَحْ بِنَصِيصِكَ لِصَاحِبِكَ . فَإِنْ فَعَلَهُ^(٦) أَحَدُهُمَا ، أَقَرَرْنَا الْعَقْدَ وَأَجْبَرْنَا الْآخَرَ عَلَى الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّهُ يَزُولُ بِهِ النَّزَاعُ . وَإِنْ امْتَنَعَا ، فَسَخْنَا الْعَقْدَ ؛ لِتَعَذُّرِ وُصُولِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى قَدْرِ حَقِّهِ . وَإِنْ اشْتَرَى ثَمَرَةً ، فَحَدَّثَتْ ثَمَرَةً أُخْرَى ، لَمْ نَقُلْ لِلْمُشْتَرِي : اسْمَحْ بِنَصِيصِكَ ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَةَ كُلَّ الْمَبِيعِ ، فَلَا يُؤْمَرُ بِتَخْلِيَّتِهِ كُلِّهِ ، وَنَقُولُ لِلْبَائِعِ ذَلِكَ ، فَإِنْ سَمَحَ بِنَصِيصِهِ لِلْمُشْتَرِي أَجْبَرْنَاهُ عَلَى الْقَبُولِ ، وَإِلَّا فُسِخَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا وَهَذَا ، مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : لَعَلَّ هَذَا قَوْلٌ / لِبَعْضِ أَصْحَابِنَا ، فَإِنِّي لَمْ أَجِدْهُ

و ١٩١/٤

(٦) فِي الْأَصْلِ : « فَعَلَ » .

مَعْرِيًا إِلَى أَحْمَدَ . وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا اخْتِيَارُ الْقَاضِي ، وَلَيْسَ بِمَذْهَبٍ لِأَحْمَدَ . وَلَوْ اشْتَرَى حِنْطَةً ، فَاثْنَالَتْ عَلَيْهَا أُخْرَى ، لَمْ يَنْفَسِخِ الْبَيْعُ ، وَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِي الثَّمَرَةِ تَحْدُثُ مَعَهَا أُخْرَى . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : إِذَا بَاعَ الْأَرْضَ وَفِيهَا زَرْعٌ لَا يُحْصَدُ إِلَّا مَرَّةً ، كَالْحِنْطَةِ ، وَالشَّعِيرِ ، وَالْقَطَانِي^(٧) ، وَمَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ مُسْتَتِرٌ ، كَالْجَزْرِ ، وَالْفُجْلِ ، وَالْبَصْلِ ، وَالثُّومِ ، وَأَشْبَاهِهَا ، فَاشْتَرَطَهُ لِلْمُشْتَرِي ، فَهُوَ لَهُ ، قَصِيلاً^(٨) كَانَ أَوْ ذَا حَبٍّ ، مُسْتَتِراً أَوْ ظَاهِراً ، مَعْلُوماً أَوْ مَجْهُولاً ؛ لَكُونِهِ دَخَلَ فِي الْبَيْعِ تَبَعاً^(٩) لِلْأَرْضِ ، فَلَمْ يَضُرَّ جَهْلُهُ وَعَدَمُ كَمَالِهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَجَرَةً ، فَاشْتَرَطَ ثَمَرَتَهَا بَعْدَ تَأْيِيرِهَا . وَإِنْ أُطْلِقَ الْبَيْعُ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِي الْأَرْضِ ، فَهُوَ كَالْكَنْزِ ، وَالْقِمَاشِ . وَلِأَنَّهُ يُرَادُّ لِلنَّقْلِ ، فَاشْتَبَهَ الثَّمَرَةَ الْمُؤَبَّرَةَ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفاً . وَيَكُونُ لِلْبَائِعِ مُبَقًى فِي الْأَرْضِ إِلَى حِينِ الْحَصَادِ بغيرِ أَجْرَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ حَصَلَتْ مُسْتَثْنَاءً لَهُ ، وَعَلَيْهِ حَصَادُهُ فِي أَوَّلِ وَقْتِ حَصَادِهِ . وَإِنْ كَانَ بَقَاؤُهُ أَنْفَعَ لَهُ ، كَقَوْلِنَا فِي الثَّمَرَةِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : عَلَيْهِ نَقْلُهُ عَقِيبَ الْبَيْعِ . كَقَوْلِهِ فِي الثَّمَرَةِ ، وَقَدْ مَضَى^(١٠) الْكَلَامُ فِيهَا . وَهَكَذَا^(١١) الْحُكْمُ فِي الْقَصَبِ الْفَارِسِيِّ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَقْتًا يَقْطَعُ فِيهِ ، إِلَّا أَنَّ الْعُرُوقَ تَكُونُ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهَا تُتْرَكُ فِي الْأَرْضِ لِلْبَقَاءِ فِيهَا . وَالْقَصَبُ نَفْسُهُ كَالثَّمَرَةِ ،^(١٢) وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ^(١٣) شَيْءٌ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي . وَأَمَّا قَصَبُ السُّكَّرِ ، فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ مَرَّةً وَاحِدَةً ، فَهُوَ كَالزَّرْعِ . فَإِنْ حَصَدَهُ قَبْلَ أَوَانِ^(١٤) الْحَصَادِ لِيَنْتَفِعَ بِالْأَرْضِ فِي غَيْرِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْإِنْتِفَاعَ بِهَا ؛ لِأَنَّ

(٧) القطاني : كل حب يدخر كالعدس والحمص والأرز .

(٨) القصيل : ما قطع من الزرع وهو أخضر .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في م : « قضى » .

(١١) في م زيادة : « قال » .

(١٢ - ١٣) في الأصل : « وإن لم يكن ظهر » .

(١٣) سقط من : م .

مَنْفَعَتَهَا إِنَّمَا حَصَلَتْ مُسْتَثْنَاءً عَنْ مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، ضَرُورَةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ ، فَتَقَدَّرُ بِبَقَائِهِ ، كَالثَّمَرَةِ عَلَى الشَّجَرَةِ ، وَكَأَنَّ لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ طَعَامًا لَا يُنْقَلُ مِثْلُهُ عَادَةً إِلَّا فِي شَهْرٍ ، لَمْ يُكَلَّفْ إِلَّا ذَلِكَ ، فَإِنْ تَكَلَّفَ نَقْلُهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ ، لِيَتَنَفَّعَ بِالْذَّارِ فِي غَيْرِهِ ، لَمْ يَجُزْ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَمَتَى حُصِدَ الزَّرْعُ ، وَبَقِيََتْ لَهُ عُروِقٌ تَسْتَضِرُّ بِهَا الْأَرْضُ ، كَعُروِقِ الْقُطْنِ وَالدُّرَةِ ، فَعَلَى الْبَائِعِ إِزَالَتُهَا . وَإِنْ تَحَفَّرَتِ الْأَرْضُ ، / فَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ حُفْرِهَا ؛ لِأَنَّهُ اسْتِصْلَاحٌ لِمَلِكِهِ ، فَصَارَ كَأَنَّ لَوْ بَاعَ دَارًا فِيهَا خَابِيَةً^(١٤) كَبِيرَةً ، لَا تَخْرُجُ إِلَّا بِهَدْمِ بَابِ الدَّارِ ، فَهَدَمَهَا ، كَانَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ نَقْصٍ دَخَلَ عَلَى مِلْكٍ شَخْصٍ لَا اسْتِصْلَاحَ لِمَلِكٍ الْآخَرِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْأَوَّلِ ، وَلَا فِعْلٍ صَدَرَ عَنْهُ النَّقْصُ ، وَاسْتَنَدَ إِلَيْهِ ، كَانَ الضَّمَانُ عَلَى مُدْخِلِ النَّقْصِ .

ظ ١٩١/٤

فصل : وَإِنْ بَاعَ أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ يُجَزُّ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى ، فَلْأَصُولُ لِلْمُشْتَرِي ، وَالْجَزَةُ الظَّاهِرَةُ عِنْدَ الْبَيْعِ لِلْبَائِعِ ، سَوَاءٌ كَانَ مِمَّا يَبْقَى سَنَةً ، كَالْهِنْدَبَا^(١٥) ، وَالْبُقُولِ ، أَوْ أَكْثَرَ ، كَالرُّطْبَةِ^(١٦) ، وَعَلَى الْبَائِعِ قَطْعُ مَا يَسْتَحِقُّهُ مِنْهُ فِي الْحَالِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لِذَلِكَ حَدٌّ يَنْتَهِي إِلَيْهِ . وَلَأنَّ ذَلِكَ يَطْوُلُ ، وَيَخْرُجُ غَيْرُ مَا كَانَ ظَاهِرًا ، وَالزِّيَادَةُ مِنَ الْأَصُولِ الَّتِي هِيَ مِلْكٌ لِلْمُشْتَرِي . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الزَّرْعُ مِمَّا تَكَرَّرَ ثَمَرُهُ ، كَالْقَثَاءِ ، وَالْخِيَارِ ، وَالْبَطِيخِ ، وَالْبَاذِنْجَانِ ، وَشَبِهُهُ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ، وَالثَّمَرَةُ الظَّاهِرَةُ عِنْدَ الْبَيْعِ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا تَكَرَّرَ الثَّمَرَةُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ الشَّجَرَ . وَلَوْ كَانَ مِمَّا تُؤْخَذُ زَهْرَتُهُ ، وَبَقِيَ عُروْقُهُ فِي الْأَرْضِ ، كَالْبَنْفَسَجِ ، وَالنَّرْجِسِ ، فَلْأَصُولُ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ جُعِلَ فِي الْأَرْضِ لِلْبَقَاءِ فِيهَا ، فَهُوَ كَالرُّطْبَةِ ، وَكَذَلِكَ أَوْرَاقُهُ وَغُصُونُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْصَدُ أَخْذُهُ ، فَهُوَ كَوَرَقِ الشَّجَرِ وَأَغْصَانِهِ . وَأَمَّا زَهْرَتُهُ ، فَإِنْ كَانَتْ قَدْ تَفَتَّحَتْ ، فَهِيَ لِلْبَائِعِ ، وَإِلَّا فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِيمَا

(١٤) الخابية : وعاء الماء الذي يحفظ فيه .

(١٥) الهندبا : بقل زراعى ، يطبخ ورقه ، أو يجعل مشهيا .

(١٦) الرطبة : القُضْبُ خاصة . وهو ما أكل من النبات المقتضب غضاً ، ولا يدخر ولا يبقى ، كالقواكه .

مَضَى . واختار ابن عَقِيل في هذا كله أَنَّ البَائِعَ إن قال : بِعْتُكَ هذه الأَرْضَ بِحُقُوقِهَا .
دَخَلَ فِيهَا ، وإن لم يَقُلْ : بِحُقُوقِهَا . فهل يَدْخُلُ ؟ على وَجْهَيْنِ ، كالشَّجَرِ .

فصل : وإذا اشْتَرَى أرضًا فيها بَذْرٌ ، فَاسْتَحَقَّ الْمُشْتَرِي أَصْلَهُ ، كَالرُّطْبَةِ ،
وَالنَّعْنَاعِ ، وَالْبُقُولِ الَّتِي تُجْزَى مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى ، فهو له ؛ لَأَنَّهُ تَرَكَ فِي الْأَرْضِ لِلتَّبَقِّيَةِ ،
فهو كَأَصُولِ الشَّجَرِ . ولأنَّهُ لو كان ظَاهِرًا كان له ، فَالْمُسْتَتِرُ أَوْلَى ، سواءً عَلِقَتْ
عُرُوقُهُ فِي الْأَرْضِ ، أَوْ لَا . فَإِنْ كان بَذْرًا لِمَا يَسْتَحِقُّهُ البَائِعُ ، فهو له ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ
الْمُبْتَاعُ ، فيكون له . وقال الشَّافِعِيُّ : الْبَيْعُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ الْبَذْرَ مَجْهُولٌ ، وهو
مَقْصُودٌ . ولنا ، / أَنَّ الْبَذْرَ يَدْخُلُ تَبَعًا فِي الْبَيْعِ ، فلم يَضُرَّ جَهْلُهُ ، كما لو اشْتَرَى
عَبْدًا ، فَاشْتَرَطَ مَالَهُ . وَيَجُوزُ فِي التَّابِعِ ^(١٦) مِنَ الْعَرْرِ مَا لَا يَجُوزُ فِي الْمَتْبُوعِ ،
كَبَيْعِ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ مَعَ الشَّاةِ ، وَالْحَمَلِ مَعَ الْأُمِّ ، وَالسُّقُوفِ فِي الدَّارِ ،
وَأَسَاسَاتِ الْحِيطَانِ ، تَدْخُلُ تَبَعًا فِي الْبَيْعِ ، وَلَا تَضُرُّ جَهْلُهَا ، وَلَا تَجُوزُ مُفْرَدَةً .
وإن لم يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي بِذَلِكَ ، فله الْخِيَارُ فِي فسخِ الْبَيْعِ وَإِمضائه ؛ لَأَنَّهُ يُفَوِّتُ
عَلَيْهِ مَنَفَعَةَ الْأَرْضِ عَامًّا . فَإِنْ رَضِيَ البَائِعُ بِتَرْكِهِ لِلْمُسْتَرِي ، أو قال : أَنَا أَحْوُلُهُ .
وَأَمَكَّنَهُ ذَلِكَ فِي زَمَنِ يَسِيرٍ لَا يَضُرُّ بِمَنَافِعِ الْأَرْضِ ، فلا خِيَارَ لِلْمُسْتَرِي ؛ لَأَنَّهُ أزالَ
الْعَيْبَ بِالنَّقْلِ ، أو زاده خَيْرًا بِالتَّرْكِ ، فَلَزِمَهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ تَصَحُّيحٌ لِلْعَقْدِ ، وهذا
مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وكذلك لو اشْتَرَى ^(١٧) نَخِيلًا فِيهِ ^(١٧) طَلْعٌ ، فَبَانَ أَنَّهُ مُؤَبَّرٌ ، فله
الْخِيَارُ ؛ لَأَنَّهُ يُفَوِّتُ الْمُشْتَرِي ثَمَرَةَ عَامِهِ ، وَيَضُرُّ بِقَاوُهَا بِنَحْلِهِ . فَإِنْ تَرَكَهَا له
البَائِعُ ، لم يكن له خِيَارٌ . فَإِنْ قال : أَنَا أَقَطَعُهَا الْآنَ . لم يَسْقُطْ خِيَارُهُ بِذَلِكَ ؛
لَأَنَّ ثَمَرَةَ الْعَامِ تَفَوَّتْ ، سواءً قَطَعَهَا ، أو تَرَكَهَا . وَإِنْ اشْتَرَى أرضًا فِيهَا زَرْعٌ
لِلْبَائِعِ ، أو شَجَرًا فِيهِ ثَمَرٌ لِلْبَائِعِ ، وَالْمُسْتَرِي جَاهِلٌ بِذَلِكَ ، يَظُنُّ أَنَّ الزَّرْعَ وَالثَّمَرَ
له ، فله الْخِيَارُ أَيْضًا ، كما لو جَهِلَ وَجُودَهُ ؛ لَأَنَّهُ إِنَّمَا رَضِيَ بِبَذْلِ مَالِهِ عَوَضًا عَنْ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « التَّبَعِ » .

(١٧ - ١٧) فِي الْأَصْلِ : « نَخْلًا فِيهَا » .

الأرض والشجر بما فيهما ، فإذا بانَ خلاف ذلك يَبْغَى أن يَثْبُتَ له الخيارُ ، كالمُشْتَرِي لِلْمَعِيبِ يَظُنُّهُ صَاحِبًا . وإن اختلفا في جَهْلِهِ لذلك ، فالقول قول المُشْتَرِي إذا كان مَمَّنْ يَجْهَلُ ذلك ، لِكُونِهِ عَامِيًّا ، فإنَّ هذا ممَّا يَجْهَلُهُ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ . وإن كان مَمَّنْ يَعْلَمُ ذلك ، لم يَقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لا يَجْهَلُهُ .

فصل : إذا باعه أرضًا بحقوقها ، دَخَلَ ما فيها من غراسٍ وبنائٍ في البيع . وكذلك إذا قال : رَهْنْتُكَ هذه الأرضَ بحقوقها . دَخَلَ في الرِّهْنِ غراسُها وبنائُها . وإن لم يَقُلْ : بِحقوقها . فهل يَدْخُلُ الغراسُ والبناءُ فيهما ؟ على وَجْهَيْنِ . ونَصُّ الشَّافِعِيِّ على أَنَّهُما يَدْخُلَانِ في البيعِ دونَ الرِّهْنِ ، واختلف أصحابه في ذلك ؛ فمنهم مَنْ قال : فيهما جَمِيعًا قولًا . ومنهم مَنْ فَرَّقَ بينهما بِكَوْنِ / البيعِ أَقْوَى ، فَيَسْتَبِيعُ البناءَ والشَّجَرَ ، بخلافِ الرِّهْنِ ، ومنهم مَنْ قال : إِنَّهُما سواءٌ ؛ لأنَّ ما تَبِعَ في البيعِ تَبِعَ في^(١٨) الرِّهْنِ ، كالطَّرِيقِ وَالْمَنَافِعِ ، وفيهما جَمِيعًا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهما ، يَدْخُلُ البناءُ والشَّجَرُ ؛ لأنَّهُما من حُقُوقِ^(١٩) الأرضِ ، ولذلك يَدْخُلَانِ إذا قال : بِحقوقها . وما كان من حُقُوقِها يَدْخُلُ فيها بالإِطلاقِ ، كَطَرِيقِها وَمَنَافِعِها . والثاني ، لا يَدْخُلَانِ ؛ لأنَّهُما ليسا من حُقُوقِ الأرضِ ، فلا يَدْخُلَانِ في بَيْعِها وَرَهْنِها ، كالثَّمَرَةِ الْمُؤَبَّرَةِ . ومن نَصَرَ الأوَّلَ فَرَّقَ بينهما ؛ بِكَوْنِ الثَّمَرَةِ ثَرَادًا لِلنَّقْلِ ، وَلَيْسَتْ من حُقُوقِها ، بخلافِ الشَّجَرِ والبناءِ . فإن قال : بِعْتُكَ هذا البُسْتَانَ . دَخَلَ فيه الشَّجَرُ ؛ لأنَّ البُسْتَانَ اسْمٌ للأَرْضِ ، والشَّجَرُ ، والحائِطُ ؛ ولذلك لا تُسَمَّى الأرضُ الْمَكْشُوفَةُ بُسْتَانًا . قال ابنُ عَقِيلٍ : وَيَدْخُلُ فيه البناءُ ؛ لأنَّ ما دَخَلَ فيه الشَّجَرُ دَخَلَ فيه البناءُ ، وَيَحْتَمِلُ أن لا يَدْخُلَ .

فصل : وإن باعه شَجَرًا ، لم تَدْخُلِ الأرضُ في البيعِ . ذَكَرَهُ أَبُو إِسْحاقَ ابنُ شَاقِلَا ؛ لأنَّ الاسْمَ لا يَتَنَاوَلُها ، ولا هي^(١٩) تَبِعٌ لِلْمَبِيعِ .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) سقط من : الأصل .

فصل : وإن قال : بَعَثَكَ هَذِهِ الْقَرْيَةَ . فَإِنْ كَانَتْ فِي اللَّفْظِ قَرْيَةً ، مِثْلَ الْمُسَاوَمَةِ عَلَى أَرْضِهَا ، أَوْ ذِكْرِ الزَّرْعِ وَالْغَرْسِ فِيهَا ، وَذِكْرِ حُدُودِهَا ، أَوْ بَذْلِ ثَمَنِ لَا يَصْلُحُ إِلَّا فِيهَا وَفِي أَرْضِهَا ، دَخَلَ فِي الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَجُوزُ أَنْ يُطْلَقَ عَلَيْهَا مَعَ أَرْضِهَا ، وَالْقَرْيَةُ صَارِفَةٌ إِلَيْهِ وَدَالَّةٌ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ صَرَّحَ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَرْيَةً تُصَرِّفُ إِلَى ذَلِكَ ، فَالْبَيْعُ يَتَنَاوَلُ الْبُيُوتَ ، وَالْحِصْنَ الدَّائِرَ عَلَيْهَا ، فَإِنَّ الْقَرْيَةَ اسْمٌ لَذَلِكَ ، وَهُوَ مَا أُخُوذُ مِنَ الْجَمْعِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْمَعُ النَّاسَ ، وَسَوَاءٌ قَالَ : بِحَقْوَقِهَا . أَوْ لَمْ يَقُلْ . وَأَمَّا الْغِرَاسُ بَيْنَ بُنْيَانِهَا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْغِرَاسِ فِي الْأَرْضِ ، إِنْ قَالَ : بِحَقْوَقِهَا . دَخَلَ ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : وإن باعَهُ دَارًا بِحَقْوَقِهَا ، تَنَاوَلَ الْبَيْعُ أَرْضَهَا ، وَبَنَاءَهَا ، وَمَا هُوَ مُتَّصِلٌ بِهَا ، مِمَّا هُوَ مِنْ مَصْلَحَتِهَا ، كَالْأَبْوَابِ الْمَنْصُوبَةِ ، وَالْحَوَائِي الْمَدْفُونَةِ ، وَالرُّفُوفِ الْمُسَمَّرَةِ ، وَالْأُوتَادِ الْمَغْرُورَةِ ، وَالْحَجَرِ الْمَنْصُوبِ مِنَ الرَّحَا ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ . وَلَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مَا لَيْسَ مِنْ مَصَالِحِهَا ، كَالْكَنْزِ ، وَالْأَحْجَارِ الْمَدْفُونَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُودَعٌ فِيهَا لِلنَّقْلِ عَنْهَا ، فَأَشْبَهَ الْفَرَشَ / ، وَالسُّتُورَ ، وَلَا مَا كَانَ مُتَفَصِّلًا عَنْهَا يَخْتَصُّ بِمَصْلَحَتِهَا ، كَالْفَرَشِ ، وَالسُّتُورِ ، وَالطَّعَامِ ، وَالرُّفُوفِ الْمَوْضُوعَةِ عَلَى الْأُوتَادِ بغير تَسْمِيرٍ ، وَلَا غَرَزٍ فِي الْحَائِطِ ، وَالْحَبْلِ^(٢٠) ، وَالْدَّلْوِ ، وَالْبَكْرَةِ ، وَالْقُفْلِ ، وَحَجَرِ الرَّحَى ، إِذَا لَمْ يَكُنْ وَاحِدًا مِنْهُمَا مَنْصُوبًا ، وَالْحَوَائِي الْمَوْضُوعَةِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُطَيَّنَ عَلَيْهَا ، وَنَحْوَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَفَصِّلٌ عَنْهَا ، لَا يَخْتَصُّ بِمَصْلَحَتِهَا ، فَأَشْبَهَ الثِّيَابَ . وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْ مَصَالِحِهَا ، لَكِنَّهُ مُتَفَصِّلٌ عَنْهَا ، كَالْمِفْتَاحِ ، وَالْحَجَرِ الْفُوقَانِيٍّ مِنَ الرَّحَا إِذَا كَانَ السُّفْلَانِيُّ مَنْصُوبًا ، فَيَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ لِمَصْلَحَتِهَا ، فَأَشْبَهَ الْمَنْصُوبَ فِيهَا . وَالثَّانِي ، لَا يَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَفَصِّلٌ عَنْهَا ، فَأَشْبَهَ السُّفْلَانِيَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَنْصُوبًا ، وَالْقُفْلَ ، وَالْدَّلْوَ ، وَنَحْوَهُمَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كَمَذْهَبِنَا سِوَاءً .

(٢٠) سقط من : م .

فصل : وما كان في الأرض من الحجارة المخلوقة فيها ، أو مبنى عليها^(٢١) ، كاساسات الحيطان المتهدمة ، فهي^(٢٢) للمشتري بالبيع ؛ لأنه من أجزائها ، فهي كحيطانها ، وثرايبها ، والمعادن الجامدة فيها ، والآجر كالحجارة في هذا . وإذا كان المشتري عالماً بذلك ، فلا خيار له . وإن لم يكن عالماً به ، وكان ذلك يضرُّ بالأرض ، وينقصها ، كالصخر المضرب بعروق الشجر ، فهو عيب ، وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ الثمن ، أو الإمساك وأخذ أرض العيب ، كما في سائر المبيع . فأما إن كانت الحجارة أو الآجر مودعاً فيها للنقل عنها ، فهي للبائع ، كالكتز ، وعليه نقلها ، وتسوية الأرض إذا نقلها ، وإصلاح الحفر ؛ لأنه ضررٌ لحق لاستصلاح ملكه ، فكان عليه إزالته . وإن كان قلعها يضرُّ بالأرض ، أو تتناول مدته ، ولم يكن المشتري عالماً ، فله الخيار كما ذكرنا ؛ لأنه عيب . وإن لم يكن في نقلها ضررٌ ، ويمكن نقلها في أيام يسيرة ، كالثلاثة فما دون ، فلا خيار له ، وله مطالبة البائع بنقلها في الحال ؛ لأنه لا عرف في ثبوتها ، بخلاف الزرع . وإن كان عالماً بالحال ، فلا خيار له ، ولا أجره في الزمان الذي نُقلت فيه ؛ لأنه علم بذلك ورضى ، فأشبه ما لو اشترى أرضاً فيها زرع . وإن لم يعلم ، واختار إمساك / المبيع ، فهل له أجره لزمان النقل ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأن المنافع مضمونة على المتلف ، فكان عليه بدلها ، كالأجزاء . والثاني ، لا يجب ؛ لأنه لما رضى بإمساك المبيع رضى^(٢٣) بتلف المنفعة في زمان النقل ، فإن لم يختَر الإمساك ، فقال البائع : أنا أدع ذلك لك . وكان مملاً لا ضرر في بقائه ، لم يكن له خيار ؛ لأن الضرر زال عنه .

فصل : فإن كان في الأرض معادن جامدة ، كمعادن الذهب ، والفضة ،

(٢١) في الأصل : « فيها » .

(٢٢) في الأصل : « فهو » .

(٢٣) سقط من : م .

والحديد ، والنحاس ، والرصاص ، ونحوها ، دَخَلَتْ فِي الْبَيْعِ ، وَمِلَكْتَ بِمِلْكِ
الْأَرْضِ الَّتِي هِيَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَجْزَائِهَا ، فَهِيَ كُتْرَابُهَا وَأَحْجَارُهَا ، وَلَكِنْ لَا يُبَاعُ
مَعْدِنُ الذَّهَبِ بِذَهَبٍ ، وَلَا مَعْدِنُ الْفِضَّةِ بِفِضَّةٍ ، وَيَجُوزُ بَيْعُهَا بِغَيْرِ جَنْسِهَا . وَإِنْ
ظَهَرَ فِي الْأَرْضِ مَعْدِنٌ لَمْ يَعْلَمْ الْبَائِعُ بِهِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا ، فَأَشْبَهَ
مَا لَوْ بَاعَهُ ثَوْبًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةٌ ، فَبَانَ أَحَدَ عَشَرَ . هَذَا إِذَا كَانَ قَدْ مَلَكَ الْأَرْضَ بِأَحْيَاءٍ
أَوْ إِقْطَاعٍ . وَقَدْ رَوَى أَنَّ وَلَدَ بِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ بَاعُوا عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَرْضًا ،
فَظَهَرَ فِيهَا مَعْدِنٌ ، فَقَالُوا : إِنَّمَا بَعْنَا الْأَرْضَ ، وَلَمْ نَبِعِ الْمَعْدِنَ . وَأَتُوا عُمَرَ بْنَ عَبْدِ
الْعَزِيزِ بِالْكِتَابِ الَّذِي فِيهِ قَطِيعَةُ النَّبِيِّ ﷺ لِأَبِيهِمْ ، فَأَخَذَهُ عُمَرُ فَقَبَّلَهُ ، وَرَدَّ عَلَيْهِمُ
الْمَعْدِنَ^(٢٤) . وَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ مَلَكَ الْأَرْضَ بِالْبَيْعِ ، احْتَمَلَ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ خِيَارٌ ؛
لِأَنَّ الْحَقَّ لغيره ، وَهُوَ الْمَالِكُ الْأَوَّلُ . وَاحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ لَهُ الْخِيَارُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى
مَعِيًا ثُمَّ بَاعَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ عَيْبُهُ ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ الرَّدَّ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ بَاعَهُ مِثْلَ مَا اشْتَرَاهُ .
وَقَدْ رَوَى أَبُو طَالِبٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ^(٢٥) إِذَا ظَهَرَ الْمَعْدِنُ فِي مِلْكِهِ مَلَكَهُ . وَظَاهِرُ
هَذَا أَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْهُ لِلْبَائِعِ ، وَلَا جَعَلَ لَهُ خِيَارًا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ ، فَأَشْبَهَ مَا
لَوْ ظَهَرَ فِيهَا حِجَارَةٌ لَهَا قِيَمَةٌ كَبِيرَةٌ .

فصل : وَإِذَا كَانَ فِي الْأَرْضِ بئرٌ أَوْ عَيْنٌ مُسْتَنْبِطَةٌ ، فَتَنْفَسُ الْبِئْرُ وَأَرْضُ الْعَيْنِ
مَمْلُوكَةٌ لِلْمَالِكِ الْأَرْضِ ، وَالْمَاءُ الَّذِي فِيهَا غَيْرُ مَمْلُوكٍ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي مِنْ تَحْتِ الْأَرْضِ
إِلَى مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمَاءَ الْجَارِيَّ فِي النَّهْرِ إِلَى مِلْكِهِ ، وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، / يَدْخُلُ فِي الْمِلْكِ ؛ لِأَنَّهُ ثَمَاءُ الْمِلْكِ . وَقَدْ
رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يُمْلِكُ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ لَهُ أَرْضٌ وَلَاخَرُ مَاءٍ ، فَيَشْتَرِكُ
صَاحِبُ الْأَرْضِ وَصَاحِبُ الْمَاءِ فِي الزَّرْعِ ، وَيَكُونُ بَيْنَهُمَا ؟ فَقَالَ : لَا بَأْسَ . اخْتَارَهُ
أَبُو بَكْرِ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَاءَ مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِهِ ، وَفِي مَعْنَى الْمَاءِ ، الْمَعَادِنُ الْجَارِيَةُ

(٢٤) انظر ما تقدم في : ٢٤٠/٤ ، ٢٤١ ، وتقدم بنصه في : ٢٤٥/٤ ، ٢٤٦ .

(٢٥) سقط من : الأصل .

في الأملاك ، كالقار ، والنَّفْطِ ، والمُؤْمِياءِ ، والمِلْحِ . وكذلك الحُكْمُ في النَّابِثِ في أرضه من الكَلَالِ والشَّوْكِ ، ففي كل ذلك يُخْرَجُ على الرُّوَايَتَيْنِ في الماءِ . والصَّحِيحُ أَنَّ الماءَ لَا يُمْلِكُ ، فكذلك هذه . قال أَحْمَدُ : لَا يُعْجِبُنِي بَيْعُ الْمَاءِ الْبَتَّةَ . قال الْأَثَرُمُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنْ قَوْمٍ بَيْنَهُمْ نَهْرٌ تَشْرَبُ مِنْهُ أَرْضُهُمْ ، لهذا يَوْمٍ ، ولهذا يَوْمَانِ ، يَتَّفِقُونَ عَلَيْهِ بِالْحِصَصِ ، فجاءَ يَوْمِي وَلَا أُحْتَاجُ إِلَيْهِ ، أَكْرِيهِ بِدَرَاهِمٍ ؟ قال : مَا أَذْرِي ، أَمَّا النَّبِيُّ ﷺ فَنَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ . قِيلَ : إِنَّهُ لَيْسَ يَبِيعُهُ ، إِنَّمَا يُكْرِيهِ . قال : إِنَّمَا احْتَالُوا بِهَذَا لِيَحْسِنُوهُ ، فَأَيُّ شَيْءٍ هَذَا إِلَّا الْبَيْعُ ! وَرَوَى الْأَثَرُمُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ جَابِرٍ ، وَإِيَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُزْنِيِّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى أَنْ يُبَاعَ الْمَاءُ^(٢٦) . وَرَوَى أَيْضًا عَنْ رَجُلٍ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ، قال : « الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ : فِي الْمَاءِ وَالنَّارِ وَالْكَالِ » . رَوَاهُ^(٢٧) أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي كِتَابِ « الْأَمْوَالِ »^(٢٨) ، فَإِذَا قُلْنَا : لَا يُمْلِكُ . فَصَاحِبُ الْأَرْضِ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ ؛ لِكَوْنِهِ فِي مِلْكِهِ ، فَإِنْ دَخَلَ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَخَذَهُ مِلْكُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ فِي الْأَصْلِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَشَّشَ فِي أَرْضِهِ طَائِرٌ ، أَوْ دَخَلَ فِيهَا ظَبْيٌ ، أَوْ نَضَبَتْ عَنْ سَمَلِكٍ ، فَدَخَلَ إِلَيْهِ دَاخِلٌ فَأَخَذَهُ ، وَأَمَّا مَا يَحُوزُهُ مِنَ الْمَاءِ فِي إِنَائِهِ ، أَوْ يَأْخُذُهُ مِنَ الْكَالِ فِي حَبْلِهِ^(٢٩) ، (أَوْ يَحُوزُهُ فِي رَحْلِهِ^(٣٠) ، أَوْ يَأْخُذُهُ مِنَ الْمَعَادِنِ ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ^(٣١) ، وَلَهُ يَبِيعُهُ بِلا خِلَافٍ بَيْنَ

(٢٦) أخرجه مسلم ، في : باب تحريم بيع فضل الماء ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ .
وأبو داود ، في : باب في بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٩/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في بيع فضل الماء ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٢/٥ . والنسائي ، في : باب بيع الماء ، وباب بيع ضراب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٠/٧ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الماء ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٨٢٨/٢ .

(٢٧) في الأصل : « ورواه » .

(٢٨) في : باب حمى الأرض ذات الكلال والماء ، من كتاب الأرضين ... ، الأموال ٢٩٥ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في منع الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٩/٢ .

(٢٩) في الأصل : « رحله » .

(٣٠ - ٣١) سقط من : الأصل .

(٣١) سقط من : الأصل .

أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَأَنْ يَأْخُذَ أَحَدُكُمْ حَبْلًا ، فَيَأْخُذَ حُرْمَةً مِنْ حَطَبٍ ، فَيَبِّيعَ ، فَيَكُفَّ اللَّهُ بِهِ وَجْهَهُ ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَسْأَلَ النَّاسَ ، أُعْطِيَ أَوْ مُنِعَ » . رواه البخاري^(٣٢) . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ »^(٣٣) ، عَنْ الْمَشَيْخَةِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ إِلَّا مَا حُمِلَ مِنْهُ . وَعَلَى ذَلِكَ مَضَتْ الْعَادَةُ فِي الْأَمْصَارِ بَيْعِ الْمَاءِ فِي الرُّوَايَا ، وَالْحَطَبِ ، وَالْكَلَاءِ ، مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ ، وَلَيْسَ / لِأَحَدٍ أَنْ يَشْرَبَ مِنْهُ ، وَلَا يَتَوَضَّأَ ، وَلَا يَأْخُذَ إِلَّا بِإِذْنِ مَالِكِهِ . وَكَذَلِكَ لَوْ وَقَفَ عَلَى بَيْعِهِ ، أَوْ بَيْعِ مُبَاحٍ فَاسْتَقَى بِدَلْوِهِ ، أَوْ بِدَوْلَابٍ أَوْ نَحْوِهِ ، فَمَا يُرْقِيهِ مِنَ الْمَاءِ ، فَهُوَ مِلْكُهُ ، وَلَهُ يَبِّيعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ بِأَخْذِهِ فِي إِثْنائِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِنَّمَا نُهِيَ عَنْ بَيْعِ فَضْلِ مَاءِ الْبَيْتِ وَالْعُيُونِ فِي قَرَارِهِ . وَيَجُوزُ بَيْعُ الْبَيْتِ نَفْسِهَا ، وَالْعَيْنِ ، وَمُشْتَرِيهَا أَحَقُّ بِمَائِهَا . وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ يَشْتَرِ بَيْتَ رُومَةٍ^(٣٤) يُوسِّعُ بِهَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَلَهُ الْجَنَّةُ » ، أَوْ كَمَا قَالَ . فَاشْتَرَاهَا عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، مِنْ يَهُودِيٍّ ، بِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَسَبَّلَهَا لِلْمُسْلِمِينَ ، وَكَانَ الْيَهُودِيُّ^(٣٥) يَبِّيعُ مَاءَهَا^(٣٦) . وَرُوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ اشْتَرَى مِنْهُ^(٣٧) نِصْفَهَا بِأَتْنَى عَشَرَ أَلْفًا ، ثُمَّ قَالَ الْيَهُودِيُّ : اخْتَرْ ، إِمَّا أَنْ تَأْخُذَهَا يَوْمًا وَآخُذَهَا أَنَا^(٣٨) يَوْمًا ، وَإِمَّا أَنْ نَنْصِيبَ لَكَ عَلَيْهَا دَلْوًا ، وَأَنْصِيبَ عَلَيْهَا دَلْوًا . فَاخْتَارَ يَوْمًا وَيَوْمًا ، فَكَانَ النَّاسُ يَسْتَقُونَ مِنْهَا فِي يَوْمِ عُثْمَانَ لِلْيَوْمَيْنِ ، فَقَالَ

(٣٢) فِي : بَابُ كَسْبِ الرَّجُلِ وَعَمَلِهِ بِيَدِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَفِي : بَابِ بَيْعِ الْحَطَبِ وَالْكَلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣/٧٥ ، ١٤٩ .

(٣٣) فِي : بَابِ حِمَى الْأَرْضِ ذَاتِ الْكَلَاءِ وَالْمَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَرْضِينَ ... ، الْأَمْوَالِ ٣٠٢ .

(٣٤) رُومَةٌ : أَرْضٌ بِالْمَدِينَةِ بَيْنَ الْجُرْفِ وَزَعَابَةِ ، نَزَلَهَا الْمُشْرِكُونَ عَامَ الْخَنْدَقِ ، وَفِيهَا بَيْتُ رُومَةٍ . مَعْجَمُ الْبُلْدَانِ ٨٧٣/٢ .

(٣٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٦) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ تَعْلِيْقًا ، فِي : بَابِ فِي الشَّرْبِ وَمَنْ رَأَى صَدَقَةَ الْمَاءِ وَهَبَتْهُ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣/١٤٤ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ فِي مَنَاقِبِ عُثْمَانَ ... ، مِنْ أَبْوَابِ الْمَنَاقِبِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٥٧/١٣ .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهَا » .

اليهودى : أفسدت على بئرى ، فاشتري باقيها . فاشترأ بِشْمَانِيَةِ آلاَف . وفى هذا دليل على صححة بيعها ، وتسجيلها ، وصححة بيع ما يستقيه منها ، وجواز قسمة مائها بالمهاياة^(٣٩) ، وكون مالِكها أحق بمائها^(٤٠) ، وجواز قسمة ما فيه حق وليس بمملوك . فأما المياه الجارية ، فما كان نابعاً فى غير ملك ، كالأنهار الكبار ، وغيرها ، لم تملك بحال ، ولو دخل إلى أرض رجل ، لم يملكه بذلك ، كالطير يدخل إلى أرضه ، ولكل أحد أخذه . ولا يملكه ، إلا أن يجعل له فى أرضه مستقراً ، كالبركة ، والقرارة^(٤١) ، أو يحتفر ساقية ، يأخذ فيها من ماء النهر الكبير ، فيكون أحق بذلك الماء من غيره ، كنقع البئر ، وإن كان ما يستقر فى البركة لا يخرج منها ، فالأولى أنه يملكه بذلك على ما سنذكره فى مياه الأمطار . وما كان نابعاً أو مستنبطاً كالقنى ، فهو كنقع البئر ، وفيه من الخلاف ما فيه ، فأما المصانع المتخذة لمياه الأمطار تجمع فيها ، ونحوها من البرك وغيرها ، فالأولى أنه يملك ماءها ، ويصح بيعه إذا كان معلوماً ؛ لأنه مباح حصّله بشىء معد له ، فملكه ، كالصيد يحصل فى شبكته ، والسملك فى بركة معدة له ، ولا يجوز / أخذ شىء منه إلا بإذن مالِكه .

و ١٩٥/٤

٧٢٢ - مسألة ؛ قال : (وإذا اشترى الثمرة دون الأصل ، ولم يند صلاحها على الترك إلى الجزاز ، لم يجر . وإن اشترأها على القطع ، جاز)

لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، أن يشتريها بشرط التيقية ، فلا يصح البيع إجماعاً ؛ لأن النبى ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها . نهى البائع والمبتاع . متفق عليه^(١) . النهى يقتضى فساد المنهى

(٣٩) المهاياة : قسمة الأيام فى السقى .

(٤٠) فى م : « بمثلها » .

(٤١) فى م : « والقرار » .

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى

١٠١/٣ . ومسلم ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم

=

١١٦٥/٣ ، ١١٦٦ .

عنه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقَوْلِ بِجُمْلَةٍ هَذَا الْحَدِيثِ .
القسم الثاني ، أن يَبِيعَهَا بِشَرْطِ الْقَطْعِ فِي الْحَالِ ، فَيَصِحُّ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ
إِنَّمَا كَانَ خَوْفًا مِنْ تَلَفِ الثَّمَرَةِ ، وَحُدُوثِ الْعَاهَةِ عَلَيْهَا قَبْلَ أَخْذِهَا ؛ بِدَلِيلِ مَا
رَوَى أَنَسٌ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تَزْهَوْ (٢) . قَالَ : « أَرَأَيْتَ
إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ (٣) . وَهَذَا
مَأْمُونٌ فِيمَا يُقْطَعُ ، فَصَحَّ بَيْعُهُ كَمَا لَوْ بَدَأَ صَلاَحُهُ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، أَنْ يَبِيعَهَا
مُطْلَقًا ، وَلَمْ يَشْتَرْطْ قَطْعًا وَلَا تَبْقِيَةً ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ .
وَأَجَازَهُ أَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي الْقَطْعَ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَطَهُ ،
قَالَ : وَمَعْنَى النَّهْيِ ، أَنْ يَبِيعَهَا مُذْرَكَةً قَبْلَ إِدْرَاكِهَا ، بِدَلَالَةِ قَوْلِهِ : « أَرَأَيْتَ
إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟ » . فَلَفْظَةُ الْمَنْعِ تُدَلُّ عَلَى
أَنَّ الْعَقْدَ يَتَنَاولُ مَعْنَى ، وَهُوَ مَفْقُودٌ فِي الْحَالِ حَتَّى يُتَصَوَّرَ الْمَنْعُ . وَلَنَا ، أَنَّ
النَّبِيَّ ﷺ أَطْلَقَ النَّهْيَ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْؤِ صَلاَحِهَا . فَيَدْخُلُ فِيهِ مَحَلُّ
النِّزَاعِ ، وَاسْتِدْلَالُهُمْ بِسِيَاقِ الْحَدِيثِ يُدَلُّ (٤) عَلَى هَذِهِ قَاعِدَتِهِمْ الَّتِي
قَرَرُوهَا ، فِي أَنَّ إِطْلَاقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي الْقَطْعَ ، وَيُقَرَّرُ مَا قُلْنَا ، مِنْ أَنَّ (٥) إِطْلَاقَ
الْعَقْدِ يَقْتَضِي (٦) التَّبْقِيَةَ ، فَيَصِيرُ الْعَقْدُ الْمُطْلَقُ كَالَّذِي شَرِطَتْ فِيهِ التَّبْقِيَةُ ،

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود
٢٢٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب التجارات . سنن ابن
ماجه ٧٤٦/٢ . والإمام أحمد ، في : ٧/٢ ، ٦٢ ، ١٢٣ .
(٢) في الأصل : « تزهى » .

(٣) في : باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ١٠١/٣ .
كما أخرجه مسلم ، في : باب وضع الجوائح ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٠/٣ . والنسائي ،
في : باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٢/٧ . والإمام مالك ، في :
باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦١٨/٢ .

(٤) في م : « يدم » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في الأصل : « مقتضى » .

يَتَنَاوَلُهُمَا النَّهْيُ جَمِيعًا ، وَيَصِحُّ تَعْلِيلُهُمَا بِالْعِلَّةِ الَّتِي عَلَّلَ بِهَا النَّبِيُّ ﷺ ، مِنْ مَنَعِ الثَّمَرَةَ وَهَلَاكِهَا .

١٩٥/٤ ظ

فصل : وَبَيْعُ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْوِ صَلَاحِهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ عَلَى ثَلَاثَةِ / أَضْرِبٍ أَحَدُهَا ، أَنْ يَبِيعَهَا مُفْرَدَةً لَغَيْرِ مَالِكِ الْأَصْلِ ، فَهَذَا الضَّرْبُ الَّذِي ذَكَرْنَا حُكْمَهُ ، وَبَيْنَا بُطْلَانَهُ . الثَّانِي ، أَنْ يَبِيعَهَا مَعَ الْأَصْلِ ، فَيَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ ابْتَاعَ تَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ ، فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُتَبَاعُ » (٧) . وَلِأَنَّهُ إِذَا بَاعَهَا مَعَ الْأَصْلِ حَصَلَتْ تَبَعًا فِي الْبَيْعِ (٨) ، فَلَمْ يَضُرَّ اخْتِمَالُ الْغَرَرِ فِيهَا ، كَمَا اخْتِمَلَتْ الْجَهَالَةُ فِي بَيْعِ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ مَعَ بَيْعِ الشَّاةِ ، وَالنَّوَى فِي التَّمْرِ مَعَ التَّمْرِ ، وَأَسَاسَاتِ الْحِيطَانِ فِي بَيْعِ الدَّارِ . الثَّلَاثُ ، أَنْ يَبِيعَهَا مُفْرَدَةً لِمَالِكِ الْأَصْلِ ، نَحْوُ أَنْ تَكُونَ لِلْبَائِعِ وَلَا يَشْتَرِطُهَا الْمُتَبَاعُ ، فَيَبِيعُهَا لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوْ يُوصِي لِرَجُلٍ بِثَمَرَةٍ تَخْلَتِ (٩) ، فَيَبِيعُهَا لِوَرَثَةِ الْمُوصِي ، فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ الْبَيْعُ ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ ، وَأَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَجْتَمِعُ الْأَصْلُ وَالثَّمَرَةُ لِلْمُشْتَرِي ، فَيَصِحُّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُمَا مَعًا . وَلِأَنَّهُ إِذَا بَاعَهَا لِمَالِكِ الْأَصْلِ حَصَلَ التَّسْلِيمُ إِلَى الْمُشْتَرِي عَلَى الْكَمَالِ ؛ لَكَوْنِهِ مَالِكًا لِأُصُولِهَا وَقَرَارِهَا ، فَصَحَّ ، كَبَيْعِهَا مَعَ أَصْلِهَا . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَتَنَاوَلُ الثَّمَرَةَ خَاصَّةً ، وَالْغَرَرَ فِيمَا يَتَنَاوَلُهُ الْعَقْدُ أَصْلًا يَمْنَعُ الصَّحَّةَ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ الْأُصُولُ لِأَجْنَبِيٍّ ، وَلِأَنَّهَا تَدْخُلُ فِي عُمُومِ النَّهْيِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُمَا مَعًا ، فَإِنَّهُ مُسْتَثْنَى بِالْخَبَرِ الْمَرْوِيِّ فِيهِ ، وَلِأَنَّ الْغَرَرَ فِيمَا يَتَنَاوَلُهُ الْعَقْدُ أَصْلًا يَمْنَعُ الصَّحَّةَ ، وَفِيمَا إِذَا بَاعَهُمَا مَعًا تَدْخُلُ الثَّمَرَةُ تَبَعًا ، وَيَجُوزُ فِي التَّابِعِ مِنَ الْغَرَرِ مَا لَا يَجُوزُ فِي الْمَتْبُوعِ ، كَمَا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ ، وَالْحَمَلِ مَعَ الشَّاةِ ،

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢١ .

(٨) في م : « بيع » .

(٩) في م : « نخلة » .

وغيرهما . وإن باعَهُ الثَّمَرُ ، بِشَرْطِ الْقَطْعِ فِي الْحَالِ ، صَحَّ ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وَلَا يَلْزَمُ الْمُشْتَرِي الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ لَهُ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّرْعِ الْأَخْضَرِ فِي الْأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ فِي الْحَالِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الثَّمَرَةِ عَلَى الْأَصُولِ ؛ لِمَا رَوَى مُسْلِمٌ ^(١٠) ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَزْهُوَ ^(١١) ، وَعَنْ بَيْعِ السَّنْبِلِ حَتَّى يَبْيَضَ وَيَأْمَنَ الْعَاهَةُ . نَهَى الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِي . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا أَعْلَمُ أَحَدًا / يَعْدِلُ عَنِ الْقَوْلِ بِهِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَهْلِ الْمَدِينَةِ ، وَأَهْلِ الْبَصْرَةِ ، وَأَصْحَابِ الْحَدِيثِ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . فَإِنْ بَاعَهُ مَعَ الْأَرْضِ ، جَازَ ، كَبَيْعِ الثَّمَرَةِ مَعَ الْأَصْلِ ، وَإِنْ بَاعَهُ لِمَالِكِ الْأَرْضِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الثَّمَرَةِ ثَبَاطُ مِنْ مَالِكِ الْأَصْلِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَجُوزُ . وَإِنْ بَاعَهُ إِيَّاهُ بِشَرْطِ الْقَطْعِ ، جَازَ ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وَلَمْ يَلْزَمْ الْمُشْتَرِي الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ لَهُ ، فَهُوَ كَبَيْعِ الثَّمَرَةِ مِنْ مَالِكِ الْأَصْلِ بِشَرْطِ الْقَطْعِ . وَإِذَا اشْتَدَّ حَبُّ الزَّرْعِ ، جَازَ بَيْعُهُ مُطْلَقًا ، وَبِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الْحَدِيثِ : « حَتَّى يَبْيَضَ » . فَجَعَلَ ذَلِكَ غَايَةَ الْمَنْعِ مِنْ بَيْعِهِ ، فَيَدُلُّ عَلَى الْجَوَازِ بَعْدَهُ . وَفِي رِوَايَةٍ ، نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْعَنْبِ حَتَّى يَسْوَدَ ، وَعَنْ بَيْعِ الْحَبِّ حَتَّى يَشْتَدَّ ^(١٢) . وَلِأَنَّهُ إِذَا اشْتَدَّ حَبُّهُ بَدَأَ صَلَاحُهُ ، فَصَارَ كَالثَّمَرَةِ إِذَا بَدَأَ

(١٠) فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ قَبْلَ بَدْوِ صَلَاحِهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٦٥/٣ ، ١١٦٦ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي بَيْعِ الثَّمَارِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحَهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٢٧/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحَهَا ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْوعِ . عَارِضَةٌ الْأَحْوَذِيُّ ٢٣٤/٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ السَّنْبِلِ حَتَّى يَبْيَضَ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٣٨/٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥/٢ .

(١١) فِي م : « يَزْهُي » .

(١٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي بَيْعِ الثَّمَارِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحَهَا ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٢٧/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحَهَا ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْوعِ . عَارِضَةٌ الْأَحْوَذِيُّ ٢٣٦/٥ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحَهَا ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٤٧/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٢١/٣ ، ٢٥٠ .

صَلَّاحُهَا . وَإِذَا اشْتَدَّ شَيْءٌ مِنْ حَبِّهِ ، جَازَ بَيْعُ جَمِيعِ مَا فِي الْبُسْتَانِ مِنْ تَوَعِهِ ، كَالشَّجَرَةِ إِذَا بَدَأَ الصَّلَاحُ فِي شَيْءٍ مِنْهَا .

فصل : ذكر^(١٣) القاضى فى الصِّلح قال : وَإِذَا اعْتَرَفَ لِرَجُلٍ بِزَرْعٍ ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهُ بِعَوَضٍ ، صَحَّ فِيمَا يَصِحُّ فِي الْبَيْعِ ، وَبَطَلَ فِيمَا يَبْطُلُ فِيهِ . وَلَوْ ادَّعَى اثْنَانِ زَرْعًا فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَأَقَرَّ لَهَا بِهِ ، فَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ، فَإِنْ صَالَحَ^(١٤) أَحَدُهُمَا عَنْ حَقِّهِ مِنْهُ قَبْلَ اشْتِدَادِ حَبِّهِ ، لَمْ يَجُزْ ، سِوَاءَ شَرْطِ الْقَطْعِ ، أَوْ أَطْلَقَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَطْلَقَ بَطَلَ ، لِلنَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الْمُخَاضَرَةِ^(١٥) ، وَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ لَمْ يُمَكِّنْهُ قَطْعُ نَصِيبِهِ إِلَّا بِقَطْعِ الزَّرْعِ كُلِّهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْأَرْضُ لِلْمُقَرَّرِ ، احْتَمَلَ أَنْ يَصِحَّ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ لَا يَصِحَّ ، بِنَاءً عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا اشْتَرَى زَرْعًا أَخْضَرَ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ ، وَلَوْ كَانَتِ الْأَرْضُ لِرَجُلٍ ، وَالزَّرْعُ لِآخَرَ ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : صَالِحْنِي مِنْ نِصْفِ أَرْضِي عَلَى نِصْفِ زَرْعِكَ ، فَيَكُونُ الزَّرْعُ وَالْأَرْضُ بَيْنَنَا نِصْفَيْنِ . فَإِنْ كَانَ بَعْدَ اشْتِدَادِ حَبِّهِ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَهَلْ يَجُوزُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى بَيْعِ الزَّرْعِ مِنْ مَالِكِ الْأَرْضِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَبِيعُ نِصْفَ الزَّرْعِ لِمَالِكِ الْأَرْضِ ، وَيَشْتَرِي مِنْهُ نِصْفَ الْأَرْضِ الَّتِي لَهُ فِيهَا الزَّرْعُ ، وَإِنْ شَرَطَا فِي الْبَيْعِ أَنْ يَقْطَعَا الزَّرْعَ / جَمِيعَهُ ، وَيُسَلِّمَ الْأَرْضَ فَارِغَةً ، فَفِيهِ وَجْهَانِ أَيْضًا ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَشْرَاطِهِمَا قَطْعَ كُلِّ الزَّرْعِ وَتَفْرِيعِ الْأَرْضِ مِنْهُ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يَبْطُلَ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْأَرْضِ بَاعَهُ نِصْفَ الْأَرْضِ بِشَرْطِ قَطْعِ زَرْعٍ غَيْرِهِ ؛ لِيُسَلِّمَ إِلَيْهِ أَرْضَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ . لَمْ يَلْزَمْ الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَصَلَ زَرْعُهُ فِي أَرْضِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ قَطْعُهُ .

١٩٦/٤ ظ

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى رَجُلٌ نِصْفَ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْؤِ صَلَاحِهَا ، أَوْ نِصْفَ الزَّرْعِ

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « ذَكَرَهُ » .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٥) بَيْعُ الْمُخَاضَرَةِ : بَيْعُ الثَّارِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا وَهِيَ خَضِرٌ بَعْدَ ، وَذَلِكَ مَنَهَى عَنْهُ . اللَّسَانُ (خ ض ر) .

قَبْلَ اسْتِدَادِ حَبِّهِ مُشَاعًا ، لَمْ يَجْزْ ، سِوَاءَ اسْتِرَائِهِ مِنْ رَجُلٍ ، أَوْ مِنْ أَكْثَرٍ مِنْهُ ، وَسِوَاءَ شَرْطِ الْقَطْعِ ، أَوْ لَمْ يَشْرُطْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ قَطْعُهُ إِلَّا بِقَطْعِ مَا لَا يَمْلِكُهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاؤُهُ .

فصل : وَالْقَطْنُ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا لَهُ أَصْلٌ يَبْقَى فِي الْأَرْضِ أَغْوَامًا ، كَالشَّجَرِ تَتَكَرَّرُ ثَمَرَتُهُ ، فَهَذَا حُكْمُهُ حُكْمُ الشَّجَرِ ، فِي أَنَّهُ يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ ، وَإِذَا بَاعَ الْأَرْضُ بِحَقْوِقِهَا دَخَلَ فِي الْبَيْعِ ، وَثَمَرُهُ كَالطَّلَعِ إِنْ تَفَتَّحَ فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي . وَالثَّانِي ، مَا يَتَكَرَّرُ زَرْعُهُ كُلَّ عَامٍ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الزَّرْعِ ، وَمَتَى كَانَ جَوْزُهُ ضَعِيفًا رَطْبًا ، لَمْ يَقَوْ مَا فِيهِ ، لَمْ يَجْزْ بَيْعُهُ إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ ، كَالزَّرْعِ الْأَخْضَرِ ، وَإِنْ قَوِيَ جَوْزُهُ ^(١٦) وَاسْتَدَّ ، جَازَ بَيْعُهُ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، كَالزَّرْعِ الَّذِي اسْتَدَّ حَبَّهُ ، وَإِذَا بَاعَ الْأَرْضُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ . وَالْبَازِئُجَانُ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا لَهُ شَجَرٌ يَبْقَى أَصُولُهُ وَتَتَكَرَّرُ ثَمَرَتُهُ ، فَهُوَ كَالشَّجَرِ . وَالثَّانِي ، مَا يَتَكَرَّرُ زَرْعُهُ كُلَّ عَامٍ ، فَهُوَ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ .

٧٢٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (فَإِنْ تَرَكَهَا حَتَّى يَنْدُو صَلَاحُهَا ، بَطَلَ الْبَيْعُ)

اِخْتَلَفَتْ الرُّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ اشْتَرَى ثَمَرَةً قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا ، فَتَرَكَهَا حَتَّى بَدَا صَلَاحُهَا ، فَتَقَلَّ عَنْهُ حَنْبَلٌ ، وَأَبُو طَالِبٍ : أَنَّ الْبَيْعَ يَبْطُلُ . قَالَ الْقَاضِي : هِيَ أَصَحُّ . فَعَلَى هَذَا يَرُدُّ الْمُشْتَرِي الثَّمَرَةَ إِلَى الْبَائِعِ ، وَيَأْخُذُ الثَّمَنَ . وَنَقَلَ أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ ، أَنَّ الْبَيْعَ لَا يَبْطُلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنَّ الْمَبِيعَ اخْتَلَطَ بغيرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى ثَمَرَةً ، فَحَدَّثَتْ ثَمَرَةً / أُخْرَى ، وَلَمْ تَتَمَيَّزْ ، أَوْ حِنْطَةً فَانْتَالَتْ عَلَيْهَا أُخْرَى ، أَوْ ثَوْبًا ، فَاخْتَلَطَ بغيرِهِ . وَنَقَلَ عَنْهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي مَنْ اشْتَرَى قَصِيلاً ، فَمَرَضَ ، أَوْ ثَوَانِي حَتَّى صَارَ شَعِيرًا . قَالَ : إِنْ أَرَادَ بِهِ حِيلَةً فَسَدَ الْبَيْعُ ، وَإِلَّا لَمْ يَفْسُدْ . وَالظَّاهِرُ : أَنَّ هَذِهِ تَرْجِعُ إِلَى مَا نَقَلَهُ ابْنُ سَعِيدٍ ، فَإِنَّهُ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « حَبِّهِ » .

يَتَعَيَّنُ حَمْلُ مَا نَقَلَهُ أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ عَلَى مَنْ لَمْ^(١٧) يُرِدْ حِيلَةً ، فَإِنْ أَرَادَ الْحِيلَةَ ، وَقَصَدَ بِشَرْطِهِ الْقَطْعَ الْحِيلَةَ عَلَى إِبْقَائِهِ ، لَمْ يَصِحَّ بِحَالٍ ، إِذْ قَدْ ثَبَتَ مِنْ مَذْهَبِ أَحْمَدَ أَنَّ الْحَيْلَ كُلَّهَا بَاطِلَةٌ . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْوِ صِلَاحِهَا^(١٨) . فَاسْتَشْنَى مِنْهُ مَا اشْتَرَاهُ بِشَرْطِ الْقَطْعِ ، فَقَطَعَهُ بِالْإِجْمَاعِ ، فَيَبْقَى مَا عَدَاهُ عَلَى أَصْلِ التَّحْرِيمِ ، وَلِأَنَّ التَّبَقُّيَةَ مَعْنَى حَرَمِ الشَّرْعِ اشْتِرَاطَهُ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَأَبْطَلَ الْعَقْدَ وَجُودَهُ . كَالنَّسِيئَةِ فِيمَا يَحْرُمُ فِيهِ النِّسَاءُ ، وَتَرَكِ التَّقَابُضَ فِيمَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ ، أَوْ الْفَضْلَ فِيمَا يَجِبُ التَّسَاوِي فِيهِ ، وَلِأَنَّ صِحَّةَ الْبَيْعِ تَجْعَلُ ذَلِكَ ذَرْيَةً إِلَى شِرَاءِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْوِ صِلَاحِهَا ، وَتَرْكِهَا حَتَّى يَبْدُوَ صِلَاحُهَا ، وَوَسَائِلُ الْحَرَامِ حَرَامٌ ، كَبَيْعِ الْعَيْنَةِ^(١٩) . وَمَتَى حَكَمْنَا بِفَسَادِ الْبَيْعِ ، فَالْثَّمَرَةُ كُلُّهَا لِلْبَائِعِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُمَا يَتَصَدَّقَانِ بِالزِّيَادَةِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مُسْتَحَبٌّ لَوْ قُوعَ الْخِلَافِ فِي مُسْتَحَقِّ الثَّمَرَةِ ، فَاسْتَحَبَّتِ الصَّدَقَةُ بِهَا ، وَإِلَّا فَالْحَقُّ أَنَّهَا لِلْبَائِعِ تَبَعًا لِلأَصْلِ ، كَسَائِرِ نَمَاءِ الْمَبِيعِ الْمُتَّصِلِ إِذَا رُدَّ عَلَى الْبَائِعِ بِفَسْخٍ أَوْ بَطْلَانٍ . وَنَقَلَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي « الْإِرْشَادِ » ، أَنَّ الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِيَ يَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ فِي الزِّيَادَةِ . وَأَمَّا إِنْ حَكَمْنَا بِصِحَّةِ الْعَقْدِ ، فَقَدْ رَوَى أَنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِحُصُولِهَا فِي مِلْكِهِمَا ، فَإِنْ مَلَكَ الْمُشْتَرِي الثَّمَرَةَ ، وَمَلَكَ الْبَائِعُ الْأَصْلَ ، وَهُوَ سَبَبُ الزِّيَادَةِ . قَالَ الْقَاضِي : الزِّيَادَةُ لِلْمُشْتَرِي كَالْعَبْدِ إِذَا سَمِنَ . وَحَمَلَ قَوْلُ أَحْمَدَ : « يَشْتَرِكَانِ » عَلَى الْاسْتِحْبَابِ . وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، فَإِنَّ الزِّيَادَةَ حَصَلَتْ مِنْ أَصْلِ الْبَائِعِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ تَرْكِهَا ، فَكَانَ / فِيهَا حَقٌّ لَهُ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ إِذَا سَمِنَ ، فَإِنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ هَذَا الْمَعْنَى ، وَلَا يُشَبِّهُهُ ، وَلَا يَصِحُّ حَمْلُ قَوْلِ أَحْمَدَ عَلَى

ظ ١٩٧/٤

(١٧) سقط من : م .

(١٨) تقدم في صفحة ١٤٨ .

(١٩) بيع العينة : إذا باع من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل معلوم ثم اشتراها منه بأقل من الثمن الذي باعها

به . اللسان (ع ي ن) .

الاستحباب ؛ فإنه لا يُستحبُّ للبائع أن يأخذ من المشتري ما ليس بحقِّ له ، بل ذلك حرامٌ عليه ، فكيف يكون مُستحبًّا ! وعن أحمد ، أنهما يتصدقان بالزيادة ، وهو قول الثوري ، ومحمد بن الحسن ؛ لأنَّ عَيْنَ المبيع زاد بجهة مَحْظُورَةٍ ، قال الثوري : إذا اشترى قَصِيلاً يأخذُ رَأْسَ ماله ، وَيَتَصَدَّقُ بالباقي . ولأنَّ الأمر اشتبه في هذه الزيادة وفي مُستحقِّها ، فكان الأولى الصدقة بها ، ويُشبه أن يكون هذا استحباباً ؛ لأنَّ الصدقة بالشبهات مُستحبة . وإن أيا الصدقة بها ، اشتركا فيها ، والزيادة هي ما بين قيمتها حين الشراء ، وقيمتها يوم أخذها . قال القاضي : ويَحْتَمِلُ أنها ما بين قيمتها قبل بُدُو صلاحها وقيمتها بعده ؛ لأنَّ الثمرة قبل بُدُو صلاحها ، كانت للمشتري بِتَمَامِها ، لا حقَّ للبائع فيها . وقال الثوري : يأخذ المشتري رَأْسَ ماله ، وَيَتَصَدَّقُ بالباقي . وكذلك الحُكْمُ في الرُّطْبَةِ إذا طالت ، والزَّرْعُ الأخضر إذا أذجن . وهذا فيما إذا لم يُقصد وقت الشراء تأخيرهُ ، ولم يُجعل شراؤه بشرط القطع حيلةً ، على المنهي عنه من شراء الثمرة قبل بُدُو صلاحها ، لِيَتَرَكَهَا حتى يَبْدُو صلاحها ، فأما إن قصد ذلك ، فالبيع باطلٌ من أصله ؛ لأنَّه حيلةٌ مُحَرَّمَةٌ . وعند أبي حنيفة ، والشافعي ، لا حُكْمَ لِقَصْدِهِ ، والبيع صحيحٌ ، قَصَدَاو لم يَقْصِدْ ، وأصلُ هذا ، الخِلافُ في تحريم الحيل ، وقد سبق الكلامُ في هذا .

٧٢٤ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ اشْتَرَاهَا بَعْدَ أَنْ بَدَأَ صَلَاحُهَا عَلَى التَّركِ إِلَى الْجِزَارِ ، جَازٌ)

وجملة ذلك ، أنه إذا بدأ الصَّلَاحُ في الثمرة ، جَازَ بَيْعُهَا مُطْلَقًا ، وبِشْرَطِ التَّبَقُّيَةِ إلى حالِ الجِزَارِ ، وبِشْرَطِ القَطْعِ . وبذلك قال مالكٌ ، والشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوزُ بِشْرَطِ التَّبَقُّيَةِ . إلا أنَّ محمدًا قال : إذا تَنَاهَى عِظْمُهَا ، جَازَ . واحتجُّوا / بأنَّ هذا شرطُ الانتفاع بِمِلْكِ البائع على وَجْهِه لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ ، فلم يَجُزْ ، كما لو شرطَ تَبَقُّيَةَ الطَّعامِ في كُنْدُوجِهِ^(١) . ولنا ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ

(١) الكُنْدُوج : شبيه الخزن . القاموس .

الثَّمَرَةَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا^(٢) . فَمَفْهُومُهُ إِبَاحَةُ بَيْعِهَا بَعْدَ بَدْوَ صَلَاحِهَا ، وَالْمَنْهَى عَنْهُ قَبْلَ بَدْوَ الصَّلَاحِ عِنْدَهُمُ الْبَيْعُ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ جَائِزًا بَعْدَ بَدْوَ الصَّلَاحِ ، وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ بَدْوَ الصَّلَاحِ غَايَةً ، وَلَا فَائِدَةً فِي ذِكْرِهِ . وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا ، وَتَأْمَنَ الْعَاهَةُ^(٣) . وَتَعْلِيلُهُ بِأَمْنِ الْعَاهَةِ يَدُلُّ عَلَى التَّبْقِيَةِ ؛ لِأَنَّ مَا يُقْطَعُ فِي الْحَالِ لَا يُخَافُ الْعَاهَةُ عَلَيْهِ ، وَإِذَا بَدَا الصَّلَاحُ فَقَدْ أُمِنَتِ الْعَاهَةُ ، فَيَجِبُ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهُ مُبَقًى لِرِوَالِ عِلَّةِ الْمَنْعِ ، وَلِأَنَّ النُّقْلَ وَالتَّحْوِيلَ يَجِبُ فِي الْمَبِيعِ بِحُكْمِ الْعُرْفِ ، فَإِذَا شَرَطَهُ جَازَ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ نَقْلَ الطَّعَامِ مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ حَسَبَ الْإِمْكَانِ . وَفِي هَذَا انْفِصَالٌ عَمَّا ذَكَرُوهُ .

فصل : وَلَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّ بَدْوَ الصَّلَاحِ فِي بَعْضِ ثَمَرَةِ النَّخْلَةِ ، أَوِ الشَّجَرَةِ صَلَاحٌ لَجْمِيعِهَا ، أَعْنَى أَنَّهُ يُبَاحُ «بَيْعُ جَمِيعِهَا» بِذَلِكَ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ اخْتِلَافًا ، وَهَلْ يَجُوزُ بَيْعُ سَائِرِ مَا فِي الْبُسْتَانِ مِنْ ذَلِكَ النَّوْعِ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ أَظْهَرُهُمَا جَوَازُهُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ . وَعَنْهُ : لَا يَجُوزُ إِلَّا بَيْعُ مَا بَدَا صَلَاحُهُ ؛ لِأَنَّ مَا لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ دَاخِلٌ فِي عُمُومِ النَّهْيِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ ، فَلَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ ، كَالْجِنْسِ الْآخَرِ ، وَكَالَّذِي فِي الْبُسْتَانِ الْآخَرِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلَى أَنَّهُ بَدَا الصَّلَاحُ فِي نَوْعِهِ مِنَ الْبُسْتَانِ الَّذِي هُوَ فِيهِ ، فَجَازَ بَيْعُ جَمِيعِهِ ، كَالشَّجَرَةِ الْوَاحِدَةِ ، وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ بَدْوَ الصَّلَاحِ فِي الْجَمِيعِ يَشْتَقُّ ، وَيُؤَدَّى إِلَى الْإِشْتِرَاكِ وَاخْتِلَافِ الْأَيْدِي ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَّبَعَ مَا لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ مِنْ نَوْعِهِ لَمَّا بَدَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيمَا أُبْرِ بَعْضُهُ دُونَ بَعْضٍ . فَأَمَّا نَوْعٌ آخَرُ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَتَّبَعُهُ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : مَا كَانَ مُتَقَارِبَ الْإِدْرَاكِ ، فَبَدْوَ / صَلَاحِ بَعْضِهِ يَجُوزُ بِهِ بَيْعُ جَمِيعِهِ ، وَإِنْ كَانَ يَتَأَخَّرُ إِدْرَاكُ

١٩٨/٤ ظ

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٤٨ .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٠٥/٦ ، ١٠٦ .

(٤ - ٤) في الأصل : « بيعها جميعا » .

البعض تأخيرًا كثيرًا ، فالبيع جائز فيما أدرك ، ولا يجوز في الباقي . وقال أبو الخطاب : يجوز بيع ما في البستان من ذلك الجنس . وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي ؛ لأن الجنس الواحد يضم بعضه إلى بعض في إكمال النصاب في الزكاة ، فيتبعه في جواز البيع ، كالنوع الواحد . والأول أولى ؛ لأن النوعين قد يتباعدا إدراكهما ، فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح ، كالجنسين . ويخالف الزكاة ؛ فإن القصد هو الغنى من جنس ذلك المال ، لتقارب منفعته ، وقيام كل نوع مقام النوع الآخر في المقصود . والمعنى ههنا ؛ هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ، ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك ، واختلاف الأيدي ، ولا يحصل ذلك في النوعين ، فصار في هذا كالجنسين^(٥) .

فصل : فأما النوع الواحد من بستانين ، فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز البيع حتى يبدأ صلاح في أحدهما ، متجاورين كانا أو متباعدين ، وهذا مذهب الشافعي . وحكى عن أحمد رواية أخرى ؛ أن يبدأ صلاح في شجرة من القراح^(٦) صلاح له ، ولما قاربه . وبهذا قال مالك ؛ لأنهما يتقاربان^(٧) في الصلاح ، فأشبهها القراح الواحد . ولأن المقصود الأمن من العاهة ، وقد وجد . والمذهب الأول ؛ لأنه إنما جعل ما لم يبدأ صلاحه بمنزلة ما بدا ، وتابعاً له ، دفعاً لضرر الاشتراك ، واختلاف الأيدي ، وإلا فالأصل اعتبار كل شيء بنفسه . وما في قراح آخر لا يوجد فيه هذا الضرر ، فوجب أن لا يتبع الآخر ، كما لو تباعدا . وما ذكروه ينتقض بما لم يجاوزه من ذلك النوع . ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد ، فأقرّد بالبيع ما لم يبدأ صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان ، لم يجز ؛ لدخوله تحت عموم النهي . ويُقدّر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم ،

(٥) في م : « كالجنس » .

(٦) القراح من الأرضين : كل قطعة على جبالها من منابت النخل وغير ذلك . لسان العرب (ق ر ح) .

(٧) في الأصل : « يتفاوتان » .

وهي ما إذا باعه مع ما بدا صلاحه ؛ لأنه دَخَلَ في جوازِ البَيْعِ تَبَعًا ، دَفْعًا لِمَضَرَّةِ
الاشْتِرَاكِ ، واختِلَافِ الأيدي . ولا يُوجَدُ ذلك ههنا ، ولأنه قد يَدْخُلُ في البَيْعِ
تَبَعًا ما يجوزُ إفراذه ، / كالثَّمَرَةِ تُبَاغُ مع الأصلِ ، والزَّرْعِ مع الأرضِ ، واللَّبَنِ في
الضَّرْعِ مع الشَّاةِ . ويَحْتَمِلُ الجَوَازُ ؛ لأنَّ الكُلَّ في حُكْمٍ ما بدا صلاحه ، ولأنه
يجوزُ بَيْعُهُ مع غيره ، ^(٨) فجازَ بَيْعُهُ ^(٨) مُفَرَّدًا ، كالذي بدا صلاحه .

فصل : وإذا احتاجتِ الثَّمَرَةُ إلى سَقْيٍ لَزِمَ البائعُ ذلك ، لأنه يَجِبُ عليه تَسْلِيمُ
الثَّمَرَةِ كَامِلَةً ، وذلك يَكُونُ بالسَّقْيِ . فَإِنْ قِيلَ : فلم قُلْتُمْ إِنَّه إذا باعَ الأصلَ ، وعليه
ثَمَرَةٌ للبائعِ ، لا يَلْزِمُ المُشْتَرِيَ سَقْيُهَا ؟ قُلْنَا : لأنَّ المُشْتَرِيَ لا يَجِبُ عليه تَسْلِيمُ
الثَّمَرَةِ ؛ لأنه لم يَمْلِكْهَا مِنْ جِهَتِهِ ، وإِنَّمَا بَقِيَ مِلْكُهُ عليها ، بخِلَافِ مَسَائِلِنَا ، فَإِنْ
امْتَنَعَ البائعُ مِنَ السَّقْيِ ، لِضَرَرٍ يَلْحَقُ بِالأصلِ ، أُجِبَ عَلَيْهِ ؛ لأنه دَخَلَ على ذلك .

فصل : ويجوزُ لِمُشْتَرِيَ الثَّمَرَةِ بَيْعُهَا في شَجَرِهَا . رَوَى ذلك ^(٩) عن الزُّبَيْرِ بن
العَوَّامِ ، وزَيْدِ بن ثَابِتٍ ، والحسن بن أبي الحسن البَصْرِيِّ ، وأبي حنيفةً ،
والشَّافِعِيِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . وَكَرِهَهُ ابنُ عَبَّاسٍ ، وعِكْرِمَةُ ، وأبو سَلَمَةَ ؛ لأنه يَبِيعُ
له قَبْلَ قَبْضِهِ ، فلم يَجْزُ ، كما لو كان على وَجْهِ الأرضِ ، فلم يَقْبِضْهُ . ولنا ، أَنَّهُ
يجوزُ له التَّصَرُّفُ فيه ، فجازَ له بَيْعُهُ ، كما لو جَزَّه . وقولُهم : لم يَقْبِضْهُ . لا يَصِحُّ ،
فإنَّ قَبْضَ كُلِّ شَيْءٍ بِحَسَبِهِ ، وهذا قَبْضُهُ التَّخْلِيَةُ ، وقد وَجَدَتْ .

٧٢٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَتْ ثَمَرَةُ النَّخْلِ ، قَبْدُو صلاحِهَا أَنْ تَظْهَرَ فِيهَا
الْحُمْرَةُ أَوِ الصُّفْرَةُ . وَإِنْ كَانَتْ ثَمَرَةُ كَرْمٍ فَصَلَاحُهَا أَنْ تَتَمَوَّهَ ، وَصَلَاحُ مَا سِوَى
النَّخْلِ وَالْكَرْمِ أَنْ يَبْدُو فِيهِ ^(١) التَّضْجُ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مَا كَانَ مِنَ الثَّمَرَةِ يَتَغَيَّرُ لَوْنُهُ عِنْدَ صَلَاحِهِ ، كَثَمَرَةِ النَّخْلِ ،

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

(٩) سقط من : الأصل .

(١) في م : « فيها » .

والعنب الأسود ، والإجاص ، فبدؤ صلاحه بذلك . وإن كان العنب أبيض ، فصلاحه يتموهه ؛ وهو أن يبدؤ فيه الماء الحلو ، ويلين ، ويصفر^(٢) لونه . وإن كان مما لا يتلون ، كالتفاح ونحوه ، فبأن يحلو ، أو يطيب . وإن كان بطيخا ، أو نحوه ، فبأن يبدؤ فيه النضج . وإن كان مما لا يتغير لونه ، ويؤكل طيبا ، صغارا وكبارا ، كالقثاء والخيار ، فصلاحه بلوغه أن يؤكل عادة . وقال القاضي ، وأصحاب الشافعي : بلوغه أن يتناهى عظمه . وما قلناه أشبه بصلاحه / مما قالوه ؛ ١٩٩/٤ ظ

فإن بدؤ صلاح الشيء ابتداءه ، وتناهى عظمه آخر صلاحه . ولأن بدؤ الصلاح في الثمر يسبق حال الجزاز ، فلا يجوز أن يجعل بدؤ الصلاح فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة ؛ إلا أن يريدوا بتناهى عظمه انتهاءه إلى الحال التي جرت العادة بأخذه فيها ، فيكون كما ذكرنا . وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك ، والشافعي ، وكثير من أهل العلم ، أو مقارب له . وقال عطاء : لا يباع حتى يؤكل من الثمر قليل ، أو كثير . وروى نحوه عن ابن عمر ، وابن عباس . ولعلهم أرادوا صلاحه للأكل ، فيرجع معناه إلى ما قلنا ؛ فإن ابن عباس قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه ، أو يؤكل . متفق عليه^(٣) . وإن أرادوا حقيقة الأكل كان ما ذكرنا أولى ؛ لأن ما رويّه يحتمل صلاحه للأكل ، فيحمل على ذلك ، موافقة لأكثر الأخبار ، وهو ما روي عن النبي ﷺ ، أنه نهى عن بيع الثمرة^(٤) حتى يطيب . متفق عليه^(٥) . ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهو . قيل : وما تزهو ؟ قال :

(٢) في الأصل : « يصفو » .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب السلم إلى من ليس عنده أصل ، وباب السلم في النخل ، من كتاب السلم . صحيح البخاري ١١٢/٣ ، ١١٣ . ومسلم ، في : باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٧/٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٤١/١ .

(٤) في الأصل : « الثمر » .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٩/٣ . ومسلم ، في : باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ، وباب النهي =

« تَحْمَارٌ أَوْ تَصْفَارٌ » . رواه البخاري^(٦) . ونَهَى عن بَيْعِ الْعِنَبِ حَتَّى يَسْوَدَ . رواه الترمذي^(٧) ، وابن ماجه^(٨) . والأحاديثُ في هذا كثيرةٌ ، كُلُّهَا تُدُلُّ على هذا المعنى .

٧٢٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْقِثَاءِ ، وَالْخِيَارِ ، وَالْبَاذِئِجَانِ ، وَمَا أَشْبَهَهُ ، إِلَّا لِقْطَةً لِقْطَةً^(٩))

وجُمْلَةٌ ذلك ؛ أَنَّهُ إِذَا بَاعَ ثَمَرَةً شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الْبُقُولِ لَمْ يَجُزْ إِلَّا بَيْعُ الْمَوْجُودِ مِنْهَا ، دُونَ الْمَعْدُومِ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك : يَجُوزُ بَيْعُ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَشْتَقُّ تَمْيِيزُهُ ، فَجُعِلَ مَا لَمْ يَظْهَرْ تَبَعًا لِمَا ظَهَرَ ، كَمَا أَنَّ مَا لَمْ يَبْدَأْ صَلَاحُهُ تَبَعَ لِمَا بَدَأَ . ولنا ، أَنَّهَا ثَمَرَةٌ لَمْ تُخْلَقْ ، فَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا ، كَمَا لَوْ بَاعَهَا قَبْلَ ظُهُورِ شَيْءٍ مِنْهَا ، وَالْحَاجَةُ تُنْدِفِعُ بَيْعَ أَصُولِهِ ، وَلِأَنَّ مَا لَمْ يَبْدَأْ صَلَاحُهُ يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ ، بِخِلَافِ مَا لَمْ يُخْلَقْ . وَلِأَنَّ مَا لَمْ يُخْلَقْ مِنْ ثَمَرَةِ النَّخْلِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ تَبَعًا لِمَا خُلِقَ ، وَإِنْ كَانَ مَا لَمْ يَبْدَأْ صَلَاحُهُ تَبَعًا لِمَا بَدَأَ . إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَإِنْ بَاعَهَا قَبْلَ بُدْؤِ صَلَاحِهَا ، لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ بُدْؤِ صَلَاحِهَا^(١٠) جَازَ مُطْلَقًا ، وَبِشَرْطِ الْقَطْعِ ، وَالتَّبَقُّيَةِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي ثَمَرَةِ الْأَشْجَارِ . وَقَدْ بَيَّنَّا بِمَاذَا يَكُونُ بُدْؤُ صَلَاحِهِ .

٢٠٠/٤ و

فصل : قال القاضي : وَيَصِحُّ بَيْعُ أَصُولِ هَذِهِ الْبُقُولِ الَّتِي تَتَكَرَّرُ ثَمَرُهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْأَصُولِ صِغَارًا أَوْ كِبَارًا ، مُثْمِرَةً أَوْ غَيْرَ مُثْمِرَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلٌ تَتَكَرَّرُ^(١١) فِيهِ الثَّمَرَةُ ، فَأَشْبَهَ

= عن المحاقلة والمزابنة ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٧/٣ ، ١١٧٦ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣١٢ ، ٣٢٣ ، ٣٩٥ .

(٦) في : باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ١٠١/٣ .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ١٥١ .

(٨) لقطه لقطه : أى دورا من النضج إثر دور .

(٩) فى الأصل : « صلاحه » .

(١٠) فى م : « تكرر » .

الشَّجَر . فَإِنْ بَاعَ الْمُتَمَيِّزُ مِنْهُ ، فَتَمَرَّتْهُ الظَّاهِرَةُ لِلْبَائِعِ ، مَتْرُوكَةً إِلَى حِينِ بُلُوغِهَا ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُتَبَاعُ . فَإِنْ حَدَثَتْ ثَمَرَةٌ أُخْرَى فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي . فَإِنْ اخْتَلَطَتْ بِثَمَرَةِ الْبَائِعِ ، وَلَمْ تَتَمَيَّزْ^(٤) ، كَانَ الْحُكْمُ فِيهَا كَثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ إِذَا اخْتَلَطَتْ بِثَمَرَةِ أُخْرَى ، عَلَى مَا مَرَّ حُكْمُهُ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ مَسْتُورٌ فِي الْأَرْضِ ، كَالْجَزْرِ ، وَالْفُجْلِ ، وَالْبَصْلِ ، وَالثُّومِ حَتَّى يُقْلَعَ ، وَيُشَاهَدَ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَأَبَا حُذَيْفَةَ مَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَ مَا لَمْ يَنْدُ صَلَاحُهُ تَبَعًا لِمَا بَدَأَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَبِيعٌ مَجْهُولٌ ، لَمْ يَرَهُ ، وَلَمْ يُوصَفْ لَهُ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَ الْحَمَلِ . وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعَرَرِ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٥) . وَهَذَا غَرَرٌ . وَأَمَّا بَيْعُ مَا لَمْ يَنْدُ صَلَاحُهُ ، فَإِنَّمَا جَازَ بَيْعُهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَتَلَاخَقُ فِي الصَّلَاحِ ، وَيَتَّبَعُ بَعْضُهُ بَعْضًا . فَإِنْ كَانَ مِمَّا تُقْصَدُ قُرُوعُهُ وَأَصُولُهُ ، كَالْبَصْلِ الْمَبِيعِ أَخْضَرَ ، وَالْكُرَاثِ ، وَالْفُجْلِ ، أَوْ كَانَ الْمَقْصُودُ قُرُوعُهُ ، فَالْأَوَّلَى جَوَازُ بَيْعِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ ظَاهِرٌ ، فَأَشْبَهَ الشَّجَرَ ، وَالْحَيْطَانَ الَّتِي لَهَا أُسَاسَاتٌ مَذْفُوءَةٌ . وَيَدْخُلُ مَا لَمْ يَظْهَرْ فِي الْبَيْعِ تَبَعًا ، فَلَا تَضُرُّ جِهَالَتُهُ ، كَالْحَمَلِ فِي الْبَطْنِ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ مَعَ^(٦) الْحَيَوَانِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْظَمُ الْمَقْصُودِ مِنْهُ أَصُولُهُ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ فِي الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ لِلْأَغْلَبِ . فَإِنْ تَسَاوَا لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ اعْتِبَارُ الشَّرْطِ فِي الْجَمِيعِ ، وَإِنَّمَا سَقَطَ اعْتِبَارُهُ فِيمَا كَانَ مُعْظَمُ الْمَقْصُودِ مِنْهُ ظَاهِرًا تَبَعًا ، فَفِيمَا عَدَاهُ يَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ .

فصل : وَيَجُوزُ بَيْعُ الْجَوْزِ وَاللُّوزِ وَالْبَاقِلَا الْأَخْضَرَ فِي قَشَرَتِهِ مَقْطُوعًا ، وَفِي شَجَرِهِ ، وَيَبْعُ^(٦) الْحَبُّ الْمُشْتَدُّ فِي سَنَبِلِهِ ، وَيَبْعُ^(٦) الطَّلْعُ قَبْلَ تَشَقُّقِهِ ، مَقْطُوعًا

(٤) فِي الْأَصْلِ : « تَمَيَّزَا » .

(٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣١ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « وَمَعَ » .

على وَجْهِ الأرض ، وفي شَجَرِهِ . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال الشافعي : لا يجوز ، حتى يُنزع عنه قشره الأعلى ، إلا في الطلع والسنبُل . في أحد القولين . واحتج بأنه مستور بما لا يُدخَر عليه ، ولا مصلحة فيه ، فلم يَجُز بيعه ، كتراب الصَّاعَةِ والمَعَادِن ، وبيع الحيوان المذبوح في سَلَخِهِ . ولنا ، أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يندو صلاحها^(٧) ، وعن بيع السنبُل حتى يبيض ، ويأمن العاهة^(٨) . فمفهومه إباحة بيعه^(٩) إذا بدا صلاحه^(١٠) وأبيض سنبُله ، ولأنه مستور بحائل من أصل خلقته^(١١) ، فجاز بيعه كالرمان ، والبيض ، والقشر الأسفل . ولا يصح قولهم : ليس من مصلحته . فإنه لا قوام له في شجره إلا به ، والباقي يؤكل رطباً ، وقشره يحفظ رطوبته . ولأن الباقي باع في أسواق المسلمين من غير نكير ، فكان ذلك إجماعاً . وكذلك الجوز ، واللوز في شجرهما . والحيوان المذبوح يجوز بيعه^(١٢) في سَلَخِهِ ، فإنه إذا جازَ بيعه قبل ذبحه ، وهو يُراد للذبح ، فكذلك إذا ذبح . كما أن الرمانة إذا جازَ بيعها قبل كسرها ، فكذلك إذا كسرت . وأما تراب الصَّاعَةِ والمَعَادِن ، فلنا فيهما منع ، وإن سلم ، فليس ذلك من أصل الخلقة في تراب الصَّاعَةِ ، ولا بقاؤه فيه من مصلحته ، بخلاف مسألتنا .

٧٢٧ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ الرُّطْبَةُ كُلُّ جَزَةٍ)

وجُمْلَةُ ذلك ؛ أن الرُّطْبَةَ وما أشبهها ، مما تثبت أصوله في الأرض ، ويُؤخذ ما ظهر منه بالقطع ، دفعة بعد دفعة ، كالنَّعناع ، والهندبا ، وشبههما ، لا يجوز

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ١٤٨ .

(٨) تقدم تخريجه في صفحة ١٥١ .

(٩) في الأصل : « بيعها » .

(١٠) في الأصل : « صلاحها » .

(١١) في الأصل : « الخلقة » .

(١٢) سقط من : م .

يَبْعُهُ إِلَّا أَنْ يَبْعَ الظَّاهِرَ مِنْهُ ، بِشَرْطِ الْقَطْعِ فِي الْحَالِ . وَبِذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ الْحَسَنِ وَعَطَاءٍ . وَرَخَّصَ مَالِكٌ فِي أَنْ يَشْتَرِيَ جَزَّتَيْنِ ، وَثَلَاثًا . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا فِي الْأَرْضِ مِنْهُ مَسْتَوْرٌ ، وَمَا / يَحْدُثُ مِنْهُ مَعْدُومٌ ، فَلَا يَجُوزُ يَبْعُهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ ٢٠١/٤ وَ يَبْعُ مَا يَحْدُثُ مِنَ الثَّمَرَةِ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَمَتَى اشْتَرَاهَا قَبْلَ ^(١) ، لَمْ يَجُزْ لَهُ إِيقَاؤُهَا ؛ لِأَنَّ مَا لَمْ يَظْهَرْ مِنْهَا أَعْيَانٌ لَمْ يَتَنَاوَلْهَا الْبَيْعُ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ لِلْبَائِعِ إِذَا ظَهَرَ ، فَيُفْضَى إِلَى اخْتِلَاطِ الْمَبِيعِ بغيرِهِ ، وَالثَّمَرَةُ بِخِلَافِ ذَلِكَ . فَإِنْ أَخْرَجَهَا حَتَّى طَالَتْ ^(٢) ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالثَّمَرَةِ إِذَا اشْتَرَاهَا قَبْلَ بُدْوَ صِلَاحِهَا ، ثُمَّ تَرَكَهَا حَتَّى بَدَأَ صِلَاحُهَا .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى قَصِيلاً مِنْ شَعِيرٍ ، وَنَحْوِهِ ، فَقَطَعَهُ ، ثُمَّ عَادَ فَنَبَتَ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ تَرَكَ الْأَصْلَ عَلَى سَبِيلِ الرِّفْضِ لَهَا ، فَسَقَطَ حَقُّهُ مِنْهَا ، كَمَا يَسْقُطُ حَقُّ صَاحِبِ الزَّرْعِ مِنَ السَّنَابِلِ الَّتِي يُخَلِّفُهَا ، وَلِذَلِكَ أُبِيحَ لِكُلِّ أَحَدٍ ^(٣) التِّقَاطُهَا . وَلَوْ سَقَطَ مِنَ الزَّرْعِ حَبٌّ ، ثُمَّ نَبَتَ مِنَ الْعَامِ الْمُقْبِلِ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ . نَصَّ أَحْمَدٌ عَلَى هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ . وَمِمَّا يُؤَكِّدُ مَا قُلْنَا ؛ أَنَّ الْبَائِعَ لَوْ أَرَادَ التَّصَرُّفَ فِي أَرْضِهِ ، بَعْدَ فَصْلِ الزَّرْعِ ، بِمَا يُفْسِدُ الْأُصُولَ وَيَقْلَعُهَا ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْمُشْتَرِيَ مَنْعَهُ مِنْهُ . وَلَوْ كَانَ الْبَاقِي مُسْتَحَقًّا لَهُ ، لَمَلَكَ ^(٤) مَنْعَهُ مِنْهُ .

٧٢٨ - مسألة ؛ قال : (وَالْحَصَادُ عَلَى الْمُشْتَرِي . فَإِنْ شَرَطَهُ عَلَى الْبَائِعِ بَطْلَ الْبَيْعِ)

الكلامُ في هذه المسألة في فصلين ؛
الأوَّلُ ، أَنَّ مَنْ اشْتَرَى زَرْعًا ، أَوْ جَزَّةً مِنَ الرُّطْبَةِ وَنَحْوِهَا ، أَوْ ثَمَرَةً فِي أُصُولِهَا ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « طالب » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في الأصل : « ملك » .

فإنَّ حَصَادَ الزَّرْعِ ، وَجَذَّ الرُّطْبَةِ ، وَجَزَارَ الثَّمَرَةِ ، وَقَطَعَهَا ، عَلَى الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّ نَقْلَ الْمَبِيعِ ، وَتَفْرِيعَ مِلْكِ الْبَائِعِ مِنْهُ عَلَى الْمُشْتَرَى ، كَنَقْلِ الطَّعَامِ الْمَبِيعِ مِنْ دَارِ الْبَائِعِ . وَيُفَارِقُ الْكَيْلَ ، وَالْوِزْنَ ، فَإِنَّهُمَا عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ مُؤَنَةِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُشْتَرَى ، وَالتَّسْلِيمُ عَلَى الْبَائِعِ ، وَهَهُنَا حَصَلَ التَّسْلِيمُ بِالتَّخْلِيَةِ بِدُونِ الْقَطْعِ ، بِدَلِيلِ جَوَازِ بَيْعِهَا ، وَالتَّصَرُّفِ فِيهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا .

الفصل الثاني ، إِذَا شَرَطَهُ عَلَى الْبَائِعِ ، فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا ؛ فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يَبْطُلُ الْبَيْعُ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : / لَا يَجُوزُ . وَقِيلَ : يَجُوزُ . فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَجُوزُ . فَهَلْ يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِبُطْلَانِ الشَّرْطِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمَذْهَبُ جَوَازُ الشَّرْطِ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ ، وَأَبُو بَكْرِ . وَلَمْ^(١) أَجِدْ هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ رِوَايَةً فِي الْمَذْهَبِ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ أَيْضًا ؛ فَقَالَ بَعْضُهُمْ : إِذَا شَرَطَ الْحَصَادَ عَلَى الْبَائِعِ فَسَدَ الْبَيْعُ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَكُونُ عَلَى قَوْلَيْنِ . فَمَنْ أَفْسَدَهُ^(٢) قَالَ : لَا يَصِحُّ لثَلَاثَةِ مَعَانٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ شَرَطَ الْعَمَلَ فِي الزَّرْعِ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ شَرَطَ مَا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّهُ شَرَطَ تَأْخِيرَ التَّسْلِيمِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ تَسْلِيمَهُ مَقْطُوعًا . وَمَنْ أَجَارَهُ قَالَ : هَذَا بَيْعٌ ، وَإِجَارَةٌ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَهُ الزَّرْعَ ، وَآجَرَهُ نَفْسَهُ عَلَى حَصَادِهِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ ، فَإِذَا جَمَعَهُمَا جَازَ ، كَالْعَيْنَيْنِ . وَقَوْلُهُمْ : شَرَطَ الْعَمَلَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ . يَبْطُلُ بِشَرْطِ رَهْنِ الْمَبِيعِ عَلَى الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ . وَالثَّانِي ، يَبْطُلُ بِشَرْطِ الرَّهْنِ ، وَالْكَفِيلِ ، وَالْخِيَارِ . وَالثَّالِثُ ، لَيْسَ بِتَأْخِيرٍ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمَهُ قَائِمًا ، وَلِأَنَّ الشَّرْطَ مِنَ الْمُتَسَلِّمِ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِتَأْخِيرِ التَّسْلِيمِ . فَإِذَا فَسَدَتْ هَذِهِ الْمَعَانِي صَحَّ ؛ لَمَا ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْبَيْعُ يُخَالِفُ حُكْمَهُ حُكْمَ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ يَنْتَقِلُ فِي الْبَيْعِ بِتَسْلِيمِ الْعَيْنِ ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ ، فَكَيْفَ يَصِحُّ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ؟ قُلْنَا : كَمَا يَصِحُّ بَيْعُ الشَّقْصِ ، وَالسَّيْفِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « قَالَ : وَلَمْ » .

(٢) فِي م : « أَفْسَدَ » .

وَحُكْمُهُمَا مُخْتَلِفٌ ؛ فَإِنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ فِي الشَّقْصِ دُونَ السَّيْفِ ، وَبِجُوزِ الْجَمْعِ
 بَيْنَهُمَا . وَقَوْلُ الْخِرَقِيِّ : إِنَّ الْعَقْدَ هُنَا يَنْطُلُّ . يَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ بِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ
 وَشِبْهِهَا ، مِمَّا يُفْضِي الشَّرْطُ فِيهِ إِلَى التَّنَازُعِ ، فَإِنَّ الْبَائِعَ رُبَّمَا أَرَادَ قَطْعَهَا مِنْ أَعْلَاهَا ،
 لِيَبْقَى لَهُ مِنْهَا بَقِيَّةٌ ، وَالْمُشْتَرِي يُرِيدُ الِاسْتِقْصَاءَ عَلَيْهَا ، لِيَزِيدَ لَهُ مَا يَأْخُذُهُ ، فَيُفْضِي
 إِلَى التَّنَازُعِ ، وَهُوَ مَفْسَدَةٌ ، فَيَنْطُلُّ الْبَيْعُ مِنْ أَجْلِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَاسَ عَلَيْهِ مَا أَشْبَهَهُ ،
 مِنْ اشْتِرَاطِ مَنْفَعَةِ الْبَائِعِ فِي الْمَبِيعِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا فِي صَدْرِ الْمَسْأَلَةِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى
 لَوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ قَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : لَا يَنْطُلُّ الْبَيْعُ بِشَرْطٍ وَاحِدٍ . وَالثَّانِي ،
 أَنَّ الْمَذْهَبَ ، أَنَّهُ يَصِحُّ / اشْتِرَاطُ مَنْفَعَةِ الْبَائِعِ فِي الْمَبِيعِ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ ثَوْبًا ،
 وَيَشْتَرِطَ^(٣) عَلَى بَائِعِهِ خِيَاطَتَهُ قَمِيصًا ، أَوْ فَلَعَةً^(٤) ، وَيَشْتَرِطَ حَذْوَهَا نَعْلًا ، أَوْ
 جُرْزَةً^(٥) حَطَبٍ ، وَيَشْتَرِطَ حَمْلَهَا إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ
 مُهْنًا ، وَغَيْرِهِ . حَتَّى قَالَ الْقَاضِي : لَمْ أَجِدْ بِمَا قَالَ الْخِرَقِيُّ رِوَايَةً فِي أَنَّهُ لَا يَصِحُّ .
 وَاجْتَجَّ أَحْمَدُ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ^(٦) اشْتَرَى مِنْ نَبْطِيٍّ جُرْزَةً حَطَبٍ ، وَشَارَطَهُ عَلَى
 حَمْلِهَا . وَبِهِ قَالَ إِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُيَيْدٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ فَلَعَةً ،
 وَيَشْتَرِطَ عَلَى الْبَائِعِ تَشْرِيكَهَا^(٧) . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ أَبِي ثَوْرٍ ، وَالتَّوْرِيِّ أَنَّهُمَا أَبْطَلَا
 الْعَقْدَ بِهَذَا الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فَاسِدٌ ، فَأُشْبِهَ سَائِرَ الشَّرُوطِ الْفَاسِدَةِ ، وَرَوَى عَنْ
 النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعٍ ، وَشَرْطٍ^(٨) . وَلَنَا ، مَا تَقَدَّمَ ، وَلَمْ يَصِحَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ

(٣) فِي الْأَصْلِ : « وَيَشْرَطُ » .

(٤) الْفَلَعَةُ : الْقِطْعَةُ مِنَ السَّنَامِ . لِسَانُ الْعَرَبِ (ف ل ع) .

(٥) الْجُرْزَةُ : الْحُزْمَةُ مِنَ الْقَتِّ وَنَحْوِهِ . لِسَانُ الْعَرَبِ (ج ر ز) .

(٦) مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ بْنِ سَلَمَةَ الْأَنْصَارِيِّ ، أَبُو عَبْدِ اللَّهِ . كَانَ مِنْ أَفْضَلِ الصَّحَابَةِ ، وَهُوَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ
 قَتَلُوا كَعْبَ بْنَ الْأَشْرَفِ ، وَاسْتَخْلَفَهُ النَّبِيُّ ﷺ فِي بَعْضِ غَزَوَاتِهِ عَلَى الْمَدِينَةِ ، تَوَفَّى سَنَةَ اثْنَتَيْنِ وَأَرْبَعِينَ . أَسَدُ
 الْغَايَةِ ١١٢/٥ ، الْإِصَابَةُ ٣٣/٦ .

(٧) أَشْرَكَ النِّعْلَ وَشَرَّكَهَا : جَعَلَ لَهَا شِرَاكًا . وَالتَّشْرِيكَ مِثْلُهُ . وَالشَّرَاكُ : سَيْرُ النِّعْلِ . لِسَانُ الْعَرَبِ
 (ش ر ك) .

(٨) انْظُرْ : مُعَالِمُ السَّنَنِ ١٤٦/٣ ، فِي : بَابِ شَرْطٍ وَبَيْعٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . وَالتَّلْخِصُ الْحَبِيرُ ١٢/٣ ، =

نَهَى عَنْ بَيْعٍ ، وَشَرَطَ . إِنَّمَا الصَّحِيحُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ . كَذَا ذَكَرَهُ التِّرْمِذِيُّ^(٩) . وَهَذَا دَالٌّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى جَوَازِ الشَّرْطِ الْوَاحِدِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِنَّمَا النَّهْيُ عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ ، أَمَّا الشَّرْطُ الْوَاحِدُ فَلَا بَأْسَ بِهِ .

فصل : وَلَا بُدَّ مِنْ كَوْنِ الْمَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً لِهَما ، لِيَصِحَّ اشْتِرَاؤها ، لِأَنَّا نَزَّلْنَا ذَلِكَ مَنْزِلَةَ الْإِجَارَةِ . فَلَوْ اشْتَرَطَ حَمَلُ الْحَطَبِ إِلَى مَنْزِلِهِ ، وَالْبَائِعُ لَا يَعْرِفُ مَنْزِلَهُ ، لَمْ يَصِحَّ . وَلَوْ اشْتَرَطَ حَذْوَهَا نَعْلًا ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ صِفَتِهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى ذَلِكَ ابْتِدَاءً . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي النَّعْلَ ، عَلَى أَنْ يَحْذَوْهَا : جَائِزٌ إِذَا أَرَادَ^(١٠) الشُّرَاكَ . وَإِنْ تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِتَلَفِ الْمَبِيعِ قَبْلَهُ ، أَوْ بِمَوْتِ الْبَائِعِ انْفُسَخَتْ الْإِجَارَةُ ، وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ بِعَوَضٍ ذَلِكَ . وَإِنْ تَعَذَّرَ بِمَرَضٍ أُقِيمَ مَقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُ الْعَمَلَ ، وَالْأَجْرَةُ عَلَيْهِ ، كَقَوْلِنَا فِي الْإِجَارَةِ .

فصل : وَيَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَائِعُ نَفْعَ الْمَبِيعِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، مِثْلُ أَنْ يَبِيعَ دَارًا ، وَيَسْتَتِنِي سُكْنَاهَا شَهْرًا ، أَوْ جَمَلًا ، وَيَشْتَرِطَ ظَهْرَهُ إِلَى مَكَانٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ عَبْدًا ، وَيَسْتَتِنِي خِدْمَتَهُ سَنَةً . نَصَّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ، / وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يَصِحُّ الشَّرْطُ ؛ لِتَنْهِي النَّبِيَّ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ ، وَلِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْبَيْعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطَ أَنْ

٢٠٢/٤ ظ

= فِي : بَابِ الْبُيُوعِ الْمَنْهَى عَنْهَا ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ ٣٩٨/١ ، وَنَصَبَ الرَّايَةَ ١٧/٤ ، فِي : بَابِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . وَالْمَطَالِبُ الْعَالِيَةُ فِي : بَابِ مَا نَهَى عَنْهُ مِنَ الْبُيُوعِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ .

(٩) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبُيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٤٣/٥ . كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عَنْده ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنْ أَيْ دَاوُدَ ٢٥٤/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ سَلَفٍ وَيَبِيعُ وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ السَّلْعَةَ عَلَى أَنْ يَسْلِفَهُ سَلْفًا ، وَبَابِ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٥٩/٧ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي النَّهْيِ عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنْ الدَّارِمِيِّ ٢٥٣/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكُ ١٧٩/٢ .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « أَرَاهُ » .

لا يُسَلِّمَهُ ، وذلك ؛ لأنه شَرَطَ تَأْخِيرَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفَى الْبَائِعُ مَنَفَعَتَهُ ، وَلَأنَّ مُقْتَضَى الْبَيْعِ مِلْكُ الْمَبِيعِ وَمَنَافِعِهِ ، وَهَذَا شَرَطٌ يُنَافِيهِ ، وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : فِيهِ رِوَايَةٌ ثَانِيَّةٌ ، أَنَّهُ يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَالشَّرْطُ ، نَقَلَهَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ الْفَقِيهُ^(١١) ، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ جَارِيَةً ، وَيَشْتَرِي أَنْ تَخْدُمَهُ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ . وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ لَا^(١٢) تَدُلُّ عَلَى مَحَلِّ النِّزَاعِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَإِنْ اشْتَرَا خِدْمَةَ الْجَارِيَةِ بَاطِلٌ لَوْجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا مَجْهُولَةٌ ، وَإِطْلَاقُهَا يَقْتَضِي خِدْمَتَهَا أَبَدًا ، وَهَذَا لَا خِلَافَ فِي بُطْلَانِهِ ، إِنَّمَا الْخِلَافُ فِي اشْتِرَاكِ مَنَفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ . الثَّانِي ، أَنَّهُ^(١٣) يَشْتَرِي خِدْمَتَهَا بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهَا ، فَيُفْضَى إِلَى الْحَلْوَةِ بِهَا ، وَالْخَطَرُ بِرُؤُوسِهَا ، وَصُحْبَتِهَا ، وَلَا يُوجَدُ هَذَا فِي غَيْرِهَا ، وَلِذَلِكَ مُنِعَ إِعَارَةُ الْجَارِيَةِ الشَّائِبَةِ لِغَيْرِ مَحْرَمِهَا . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا اشْتَرَى رُكُوبًا إِلَى مَكَانٍ قَرِيبٍ ، جَازَ ، وَإِنْ كَانَ إِلَى مَكَانٍ بَعِيدٍ كُرِهَ ؛ لِأَنَّ الْيَسِيرَ^(١٤) تَدْخُلُهُ الْمَسَامَحَةُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ : أَنَّهُ بَاعَ النَّبِيُّ ﷺ جَمَلًا ، وَاشْتَرَى ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : فَبِعْتُهُ بِأَوْقِيَّةٍ ، وَاسْتَشْنَيْتُ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٥) . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : فَبِعْتُهُ مِنْهُ بِخُمْسِ أَوَاقٍ ، قَالَ : قُلْتُ : عَلَى أَنَّ لِي ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ . قَالَ : « وَلَكَ ظَهْرُهُ إِلَى الْمَدِينَةِ » . وَرَوَاهُ مُسْلِمٌ^(١٦) . وَلَأنَّ

(١١) لعله عبد الله بن محمد بن عبد العزيز بن المرزبان ، ابن بنت أحمد بن منيع ، روى عن الإمام أحمد ، وصنف المعجمين الكبير والصغير ، توفي سنة سبع عشرة وثلاثمائة . طبقات الخنابلة ١٩٠/١ - ١٩٢ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في م : « أن » .

(١٤) في م : « اليسيرة » .

(١٥) أخرجه البخاري ، في : باب إذا اشترى البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز ، من كتاب الشروط . صحيح البخاري ٢٤٨/٣ . ومسلم ، في : باب بيع البعير واستثناء ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢١/٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦١/٧ - ٢٦٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٩/٣ .

(١٦) في : باب بيع البعير واستثناء ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٣/٣ .

النَّبِيُّ ﷺ : نَهَى عَنِ الثَّنْيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ^(١٧) . وهذه معلومة ، ولأنَّ الْمَنْفَعَةَ قد تَقَعُ مُسْتَثْنَاءً بِالْشَّرْعِ عَلَى الْمُشْتَرِي فِيمَا إِذَا اشْتَرَى نَخْلَةً مُؤَبَّرَةً ، أَوْ أَرْضًا مَزْرُوعَةً ، أَوْ دَارًا مُوجَرَّةً ، أَوْ أَمَةً مُزَوَّجَةً ، فَجَازَ أَنْ يَسْتَنْيَهَا ، كَمَا لَوْ اشْتَرَطَ الْبَائِعُ الثَّمَرَةَ قَبْلَ التَّأْيِيرِ ، وَلَمْ يَصِحَّ نَهْيُ النَّبِيِّ ﷺ عَنِ بَيْعٍ وَشَرْطٍ^(١٨) . وَإِنَّمَا نَهَى عَنِ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ^(١٩) ، فَمَفْهُومُهُ إِبَاحَةُ الشَّرْطِ الْوَاحِدِ ، وَقِيَاسُهُمْ يَنْتَقِضُ بِاشْتِرَاطِ الْخِيَارِ وَالتَّأْجِيلِ فِي الثَّمَنِ .

٢٠٣/٤ و

فصل : وَإِنْ بَاعَهُ^(٢٠) أَمَةً ، وَاسْتَنْيَ وَطَّاهَا مُدَّةً مَعْلُومَةً ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يُبَاحُ فِي غَيْرِ مِلْكٍ أَوْ نِكَاحٍ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ أَتَبَعَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾^(٢١) ، وَفَارَقَ اشْتِرَاطَ وَطْءِ الْمُكَاتَبَةِ حَيْثُ يُبَيِّحُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ مَمْلُوكَةٌ ، فَيُسْتَبَاحُ وَطْؤُهَا بِالشَّرْطِ فِي الْمَحَلِّ الْمَمْلُوكِ . وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ لَا يُبَاحُ وَطْؤُهَا أَيْضًا . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ .

فصل : وَإِنْ بَاعَ الْمُشْتَرِي الْعَيْنَ الْمُسْتَثْنَاءَ مَنْفَعَتُهَا ، صَحَّ الْبَيْعُ ، وَتَكُونُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي الثَّانِي مُسْتَثْنَاءً أَيْضًا ، فَإِنْ كَانَ عَالِمًا^(٢٢) بِذَلِكَ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ خِيَارٌ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيًّا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَلَهُ خِيَارُ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْبٌ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى أَمَةً مُزَوَّجَةً ، أَوْ دَارًا مُوجَرَّةً . وَإِنْ أَتْلَفَ الْمُشْتَرِي الْعَيْنَ ، فَعَلَيْهِ أَجْرُهُ^(٢٣) الْمِثْلُ ؛ لِتَقْوِيَةِ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ لغيره ،

(١٧) تقدم تخريجه في صفحة ١٣١ .

(١٨) انظر ما تقدم في حاشيتي ١٦٥ ، ١٦٦ .

(١٩) في الأصل : « باع » .

(٢٠) سورة المؤمنون ٥ - ٧ .

(٢١) في الأصل : « يعلم » .

(٢٢) في م : « أجر » .

وَتَمَنُّ الْمَبِيعِ ، وَإِنْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ بِتَفْرِيطِهِ ، فَهُوَ كَتَلَفِهَا بِفِعْلِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ .
 وَقَالَ : يَرْجِعُ الْبَائِعُ عَلَى الْمُتَبَاعِ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ . قَالَ الْقَاضِي : مَعْنَاهُ عِنْدِي ، الْقَدْرُ
 الَّذِي نَقَصَهُ الْبَائِعُ لِأَجْلِ الشَّرْطِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ خِلَافُ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُ
 مَا فَاتَ بِتَفْرِيطِهِ ، فَضَمِنَهُ بِعَوَضِهِ ، وَهُوَ أَجْرَةُ الْمِثْلِ ، فَأَمَّا إِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ،
 وَلَا بِتَفْرِيطِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . قَالَ الْأَثَرِيُّ : قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : فَعَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يَحْمِلَهُ
 عَلَى غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ لَهُ حَمْلَانِ ؟ قَالَ : لَا . إِنَّمَا شَرَطَ هَذَا عَلَيْهِ بِعَيْنِهِ . وَلَئِنْ لَمْ
 يَمْلِكْهَا الْبَائِعُ مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ عَوَضُهَا ، كَمَا لَوْ تَلَفَتِ النَّخْلَةُ الْمُؤَبَّرَةُ ، بِشَمَرَتِهَا
 أَوْ غَيْرُ^(٢٣) الْمُؤَبَّرَةِ إِذْ اشْتَرَطَ الْبَائِعُ ثَمَرَتَهَا ، وَكَأَنَّ لَوْ بَاعَ حَائِطًا ، وَاسْتَشْنَى مِنْهُ
 شَجَرَةً بِعَيْنِهَا فَتَلَفَتْ . وَقَالَ الْقَاضِي : عَلَيْهِ ضَمَانُهَا ، أَخْذًا مِنْ عُمُومِ كَلَامِ أَحْمَدَ .
 وَإِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ ، رَجَعَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُتَبَاعِ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ ، وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ
 التَّفْرِيطِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَطَ الْبَائِعُ مَنْفَعَةَ الْمَبِيعِ ، وَأَرَادَ الْمُشْتَرِي أَنْ يُعْطِيَهُ مَا يَقُومُ مَقَامَ
 الْمَبِيعِ / فِي الْمَنْفَعَةِ ، أَوْ يُعَوِّضَهُ عَنْهَا لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ ، وَلَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ مِنْ غَيْرِ
 الْمَبِيعِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَ عَيْنًا ، فَبَدَّلَ
 لَهُ الْآخَرَ^(٢٤) مِثْلَهَا ، وَلِأَنَّ الْبَائِعَ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي اسْتِيفَاءِ مَنَافِعِ تِلْكَ الْعَيْنِ ،
 فَلَا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ عَوَضِهَا . فَإِنْ تَرَضِيََا عَلَى ذَلِكَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، وَلَا
 يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَإِنْ أَرَادَ الْبَائِعُ إِعَارَةَ الْعَيْنِ ، أَوْ إِجَارَتَهَا لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ
 فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا مَنَافِعُ مُسْتَحَقَّةٌ لَهُ ، فَمَلَكَ ذَلِكَ فِيهَا^(٢٥) ، كَمَنَافِعِ الدَّارِ
 الْمُسْتَأْجَرَةِ وَالْمَوْصَى بِمَنَافِعِهَا ، وَلَا يَجُوزُ إِجَارَتُهَا إِلَّا لِمِثْلِهِ فِي الْإِئْتِفَاعِ ، فَإِنْ
 أَرَادَ إِجَارَتَهَا أَوْ إِعَارَتَهَا لِمَنْ يَضُرُّ بِالْعَيْنِ بِإِئْتِفَاعِهِ ، لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ . كَمَا لَا يَجُوزُ لَهُ إِجَارَةُ

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) فِي الْأَصْلِ : « الْأَجْر » .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهَا » .

الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةَ لِمَنْ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ . ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ .

فصل : إذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع ، فأقام البائع مقامه من يعمل العمل ، فله ذلك ؛ لأنه ههنا بمنزلة الأجير المشترك ، يجوز أن يعمل العمل بنفسه ، وبمن يقوم مقامه . وإن أراد بذل العوض عن ذلك ، لم يلزم المشتري قبوله ، وإن أراد المشتري أخذ العوض عنه ، لم يلزم البائع بدله ؛ لأن المعاوضة عقد تراض ، فلم يجبر عليه أحد . وإن تراضيا عليه ، احتمل الجواز ؛ لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها ، لو لم يشترطها ، فإذا ملكها المشتري ، جاز له أخذ العوض عنها ، كما لو استأجرها ، وكما يجوز أن يؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصى ، ويحتمل أن لا يجوز ؛ لأنه مشروط بحكم العادة والاستحسان لأجل الحاجة ، فلم يجز أخذ العوض عنه ، كالقرض ، فإنه يجوز أن يرد في الخبز والخمير أقل أو أكثر . ولو أراد أن يأخذ بقدر خبره وكسره بقدر الزيادة الجائزة ، لم يجز . ولأنه أخذ عوض عن مرفق معتاد جرت العادة بالعفو عنه دون أخذ العوض ، فأشبهت المنافع المستثناة شرعا ، وهو ما لو باع أرضا فيها زرع للبائع ، واستحق تبقيته إلى حين الحصاد ، فلو أخذه قصيلا لينتفع بالأرض إلى وقت الحصاد / ، لم يكن له ذلك . ٢٠٤/٤ و

فصل : ولو قال : بعثك هذه الدار وأجرتها شهرا . لم يصح ؛ لأنه إذا باعه فقد ملك المشتري المنافع ، فإذا أجزأها ، فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة ما ملكه المشتري ، فلم يصح . قال ابن عقيل : وقد نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان^(٢٦) . ومعناه أن يستأجر طحانا ، ليطحن له كراء بقفيز منه ، فيصير كأنه شرط عمله في القفيز عوضا عن عمله في باقي الكراء المطحون . ويحتمل الجواز ، بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع .

(٢٦) أخرجه البيهقي ، في : باب النهي عن عصب الفحل ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٣٩/٥ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٤٧/٣ .

فصل : وإن شَرَطَ في المَبِيعِ^(٢٧) إن هو باعَهُ فالبائعُ أحقُّ به بالثَّمنِ . فرَوَى المَرْوُذِيُّ^(٢٨) عنه أَنَّهُ قال : في مَعْنَى حَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ : « لا شَرَطَانِ في بَيْعٍ »^(٢٩) . يعني أَنَّهُ فاسِدٌ ؛ لأنَّهُ شَرَطَ أَنْ يَبِيعَهُ إِيَّاهُ ، وَأَنْ يُعْطِيَهُ إِيَّاهُ بالثَّمنِ الأوَّلِ ، فهما شَرَطَانِ في بَيْعٍ نُهِى عَنْهُمَا ، ولأنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى العَقْدِ ؛ لأنَّهُ شَرَطَ أَنْ لا يَبِيعَهُ^(٣٠) مِنْ غَيْرِهِ^(٣٠) إِذَا أُعْطَاهُ ثَمَنُهُ ، فهو كما لو شَرَطَ أَنْ لا يَبِيعَهُ إِلَّا مِنْ فُلَانٍ ، أو أَنْ لا يَبِيعَهُ أَصْلًا ، وَرَوَى عَنْهُ إِسْمَاعِيلُ بْنُ سَعِيدٍ : البَيْعُ جَائِزٌ ؛ لما رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ قال : ابْتِغَتْ مِنْ امْرَأَتِي زَيْنَبَ الثَّقَفِيَّةِ جَارِيَةً ، وَشَرَطْتُ لَهَا إِنْ بَعَثْتُهَا ، فَهِيَ لَهَا بِالْثَّمنِ الَّذِي ابْتِغْتُهَا بِهِ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِعُمَرَ ، فَقَالَ : لا تَقْرُبُهَا وَلَا أَحَدٍ فِيهَا شَرَطٌ .^(٣١) قال إِسْمَاعِيلُ^(٣١) : فَذَكَرْتُ لِأَحْمَدَ الْحَدِيثَ ، فَقَالَ : البَيْعُ جَائِزٌ ، وَ « لا تَقْرُبُهَا » ؛ لأنَّهُ كَانَ فِيهَا شَرَطٌ وَاحِدٌ لِلْمَرْأَةِ . وَلَمْ يَقُلْ عَمْرٌ فِي ذَلِكَ الْبَيْعِ : فاسِدٌ . فَحَمَلَ الْحَدِيثَ عَلَى ظَاهِرِهِ ، وَأَخَذَ بِهِ . وَقَدْ اتَّفَقَ عَمْرٌ وَابْنُ مَسْعُودٍ عَلَى صِحَّتِهِ ، وَالْقِيَّاسُ يَقْتَضِي فُسَادَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ المَرْوُذِيِّ عَلَى فُسَادِ الشَّرْطِ ؛ وَفِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ عَلَى جَوَازِ الْبَيْعِ ، فَيَكُونُ الْبَيْعُ صَحِيحًا ، وَالشَّرْطُ فاسِدًا ، كما لو اشْتَرَاهَا بِشَرْطِ أَنْ لا يَبِيعَهَا . وَقَوْلُ أَحْمَدَ^(٣٢) : « لا تَقْرُبُهَا » . قَدْ رَوَى مِثْلَهُ فِي مَنْ اشْتَرَطَ فِي الْأَمَةِ أَنْ لا يَبِيعَهَا وَلَا يَهَبَهَا ، أَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ وَلَاءَهَا ، وَلَا يَقْرُبُهَا . وَالْبَيْعُ جَائِزٌ . وَاحْتَجَّ بِحَدِيثِ عَمَرَ : « لا تَقْرُبُهَا وَلَا أَحَدٍ فِيهَا / مَثْنَوِيَّةٌ » . قَالَ الْقَاضِي : وَهَذَا عَلَى الْكَرَاهَةِ لَا عَلَى التَّحْرِيمِ . قَالَ ٢٠٤/٤ ظ ابْنُ عَقِيلٍ : عِنْدِي أَنَّهُ إِنَّمَا مُنِعَ مِنَ الْوَطْءِ ؛ لِمَكَانِ الْخِلَافِ فِي الْعَقْدِ ؛ لِكَوْنِهِ يَفْسُدُ بِفُسَادِ الشَّرْطِ فِي بَعْضِ الْمَذَاهِبِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « الْبَيْعِ » .

(٢٨) فِي النِّسْخِ هُنَا وَفِيمَا يَأْتِي : « المَرْوُذِيُّ » . تَحْرِيفٌ ، وَسَبَقَ فِي : ٦/١ .

(٢٩) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٦٦ .

(٣٠ - ٣٠) فِي م : « لَغَيْرِهِ » .

(٣١ - ٣١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٢) الصَّحِيحُ أَنَّ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

٧٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَاعَ حَائِطًا وَاسْتَتَى مِنْهُ صَاعًا ^(١)) ، لَمْ يَجُزْ .
وَإِنْ اسْتَتَى مِنْهُ نَخْلَةً أَوْ شَجَرَةً بِعَيْنِهَا ، جَازَ)

الكلام في هذه المسألة في فصلين ؛ أحدهما ، أنه إذا باع ثمرة بُسْتَانٍ ، واستَتَى صَاعًا ، أو أَصْعًا ، أو مُدًّا ، أو أَمْدَادًا ، أو باع صَبْرَةً واستَتَى منها مثل ذلك ، لم يَجُزْ . ورَوَى ذلك عن سعيد بن المسيَّب ، والحسن ، والشافعي ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى ، أنه يجوز ، وهو قول ابن سيرين ، وسالم بن عبد الله ، ومالك ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثنیا إلا أن تُعْلَمَ . رواه الترمذي ^(٢) وقال : هو حديث حسن صحيح ^(٣) ، وهذه ثنیا معلومة ، ولأنه استَتَى معلومًا أشبه ما ^(٤) إذا استَتَى منها جزءًا . ولنا ، أن النبي ﷺ نهى عن الثنیا . رواه البخاري ^(٥) . ولأن المبيع معلومٌ بالمُشَاهَدَةِ لا بالقدر ، والاستثناء يُغَيِّرُ حُكْمَ المُشَاهَدَةِ ؛ لأنه لا يَدْرِي كم يَبْقَى في حُكْمِ المُشَاهَدَةِ ، فلم يَجُزْ ، ويُخَالِفُ الجزء ؛ فإنه لا يُغَيِّرُ حُكْمَ المُشَاهَدَةِ ، ولا يَمْنَعُ المَعْرِفَةَ بها .

فصل : وإن باع شجرة ، أو نخلة ، واستَتَى أرطالًا معلومة ، فالحكم فيه كما لو باع حائطًا واستَتَى أَصْعًا . وقال القاضي في « شرحه » : يصح ؛ لأن الصَّحَابَةَ ، رَضِيَ الله عنهم ، أجازوا ^(٦) استثناء سواقيط الشاة . والصحيح ، ما ذكرناه . وهذا

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٣١ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) أخرجه مسلم ، في : باب النهي عن المحاقلة والمزابنة ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٧٥/٣ . وأبو داود ، في : باب في المخابرة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٥/٢ . والنسائي ، في : باب النهي عن بيع الثنیا حتى تعلم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٠/٧ . ولم يروه البخاري . انظر تحفة الأشراف ٢٨٩ ، ٢٢٤ ، ١٨٣ ، ١٨٢/٢ .

(٦) في الأصل : « أجازت » .

أَشْبَهُ بِمَسْأَلَةِ الصَّاعِ مِنَ الْحَائِطِ وَإِلَيْهَا أَقْرَبُ ، وَالْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِيهَا مُتَحَقِّقٌ هُنَا ، فَلَا يَصِحُّ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . الْفَصْلُ الثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا اسْتَنْتَى نَخْلَةً ، أَوْ شَجَرَةً بِعَيْنِهَا ، جَازَ . وَلَا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُسْتَنْتَى مَعْلُومٌ ، وَلَا يُؤْدِي إِلَى جَهَالَةِ الْمُسْتَنْتَى مِنْهُ . وَإِنْ اسْتَنْتَى شَجَرَةً غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ غَيْرُ مَعْلُومٍ ، فَصَارَ الْمَبِيعُ وَالْمُسْتَنْتَى مَجْهُولَيْنِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عُمرَ ، أَنَّهُ بَاعَ ثَمَرَتَهُ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ ، وَاسْتَنْتَى طَعَامَ الْفَتْيَانِ^(٧) . وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنَّهُ اسْتَنْتَى / نَخْلًا مُعَيَّنًا بِقَدْرِ ٢٠٥/٤ وَ طَعَامِ الْفَتْيَانِ^(٨) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ حُمِلَ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ لَكَانَ^(٩) مُخَالِفًا لِتَنْهَى النَّبِيِّ ﷺ عَنِ الثُّنْيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ . وَلِأَنَّ الْمُسْتَنْتَى^(٩) مَتَى كَانَ مَجْهُولًا لَزِمَ أَنْ يَكُونَ الْبَاقِي بَعْدَهُ مَجْهُولًا ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الثَّمَرَةِ طَعَامَ الْفَتْيَانِ^(٧) .

فصل : وَإِنْ اسْتَنْتَى جُزْءًا مَعْلُومًا مِنَ الصُّبْرَةِ أَوْ الْحَائِطِ مُشَاعًا ، كَثُلْتُ ، أَوْ رُبْعَ ، أَوْ أَجْزَاءَ ، كَسَبْعَيْنِ ، أَوْ ثَلَاثَةِ أَثْمَانٍ ، صَحَّ الْبَيْعُ وَالِاسْتِثْنَاءُ . ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا يَجُوزُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يُؤْدِي إِلَى جَهَالَةِ الْمُسْتَنْتَى وَلَا الْمُسْتَنْتَى مِنْهُ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَجَرَةً بِعَيْنِهَا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مَعْنَى : بِعْتُكَ هَذِهِ الصُّبْرَةَ إِلَّا ثُلُثُهَا . أَيْ بِعْتُكَ ثُلُثُهَا . وَقَوْلُهُ : إِلَّا رُبْعَهَا مَعْنَاهُ : بِعْتُكَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهَا . وَلَوْ بَاعَ حَيَوَانًا ، وَاسْتَنْتَى ثُلُثَهُ ، جَازَ ، وَكَانَ مَعْنَاهُ بِعْتُكَ ثُلُثِيهِ . وَمَنْعَ مِنْهُ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى قِيَاسًا عَلَى اسْتِثْنَاءِ الشَّحْمِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الشَّحْمَ مَجْهُولٌ لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ ، وَهَذَا مَعْلُومٌ ، وَيَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ ، فَصَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ ، كَالشَّجَرَةِ الْمُعَيَّنَةِ ، وَقِيَاسُ الْمَعْلُومِ عَلَى الْمَجْهُولِ فِي الْفَسَادِ لَا يَصِحُّ ، فَعَلَى هَذَا يَصِيرَانِ شَرِيكَيْنِ فِيهِ ، لِلْمُشْتَرَى ثُلَاثُهُ وَلِلْبَائِعِ ثُلُثُهُ .

(٧) فِي م : « الْقِيَان » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٩) فِي الْأَصْل : « الْمَشْتَرَى » .

فصل : فإن قال : بَعْتِكَ قَفِيرًا من هذه الصِّبْرَةِ إِلَّا مَكُوكًا . جاز ؛ لأنَّ الْقَفِيرَ مَعْلُومٌ ، وَالْمَكُوكَ مَعْلُومٌ ، فلا يُفْضَى إلى الْجَهَالَةِ ، ولو قال : بَعْتِكَ هذه الثَّمَرَةَ بِأَرْبَعَةِ دراهم ، إِلَّا بِقَدَرِ درهمٍ . صَحَّ ؛ لأنَّ قَدْرَهُ مَعْلُومٌ مِنَ الْمَبِيعِ^(١٠) وهو الرُّبْعُ ، فكأنَّه قال : بَعْتِكَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ هذه الثَّمَرَةِ بِأَرْبَعَةِ دراهم . ولو قال : إِلَّا مَا يُسَاوِي درهماً . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ مَا يُسَاوِي الدَّرْهَمَ قد يكونُ الرُّبْعُ ، أو أَكْثَرُ أو أَقَلُّ ، فيكونُ مَجْهُولًا ، فيَبْطُلُ .

فصل : وإن باعَ قَطِيعًا ، واستثنى منه شاةً بعينها ، صَحَّ . وإن استثنى شاةً غيرَ مُعَيَّنَةٍ ، لم يَصِحَّ . نصَّ عليه . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وقال مالكٌ : يَصِحُّ أَنْ يَبِيعَ مائَةَ شاةٍ إِلَّا شاةً يَخْتَارُهَا ، أو يَبِيعَ ثَمَرَةَ حَائِطِهِ ، وَيُسْتَثْنَى ثَمَرَةَ نَخْلَاتٍ يَعْذُّهَا . ولنا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : نَهَى عَنْ / الثَّنْيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ^(١١) . و : نَهَى عَنْ يَبِيعِ الْعَرَرِ^(١٢) . ولأنَّه مَبِيعٌ مَجْهُولٌ ، وَالْمُسْتَثْنَى مِنْهُ مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : إِلَّا شاةً مُطْلَقَةً . ولأنَّه مَبِيعٌ مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بَعْتِكَ شاةً تَخْتَارُهَا مِنَ الْقَطِيعِ . وضابطُ هذا البابِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ مَا لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ مُفْرَدًا أو يَبِيعُ مَا عَدَاهُ مُنْفَرِدًا عَنِ الْمُسْتَثْنَى ، ونحوُ هذا مذهبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ أَصْحَابَنَا اسْتَنْوُوا مِنْ هَذَا سَوَاقِطَ الشَّاةِ ، وَجِلْدَهَا ؛ لِلْأَثَرِ الْوَارِدِ فِيهِ . وَالْحَمْلُ عَلَى رِوَايَةِ الْجَوَازِ ؛ لِفِعْلِ ابْنِ عُمرَ ، وما عدا هذا فَيَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ .

فصل : وإن باعَ حَيَوَانًا مَأْكُولًا ، واستثنى رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه ، صَحَّ . نصَّ عليه أَحْمَدُ . وقال مالكٌ : يَصِحُّ فِي السَّفَرِ دُونَ الْحَضَرِ ؛ لِأَنَّ الْمُسَافِرَ لَا يُمَكِّنُهُ الْإِتِّفَاعُ بِالْجِلْدِ وَالسَّوَاقِطِ . فَجَوَّزَ لَهُ شِرَاءَ اللَّحْمِ دُونَهَا . وقال

(١٠) في م : « البيع » .

(١١) تقدم تخريجه في صفحة ١٣١ .

(١٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣١ .

أبو حنيفة ، والشافعي : لا يجوز ؛ لأنه لا يجوز إفراده بالعقد ، فلم يجز استئناؤه كالحمل . ولنا ، أن النبي ﷺ ، نهى عن الثنيا إلا أن تعلم . وهذه معلومة ، وروى أن النبي ﷺ لما هاجر إلى المدينة ، ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة ، مروا براعى غنم ، فذهب أبو بكر وعامر فاشترى منه شاة ، وشرطا له سلبها . وروى أبو بكر ، في « الشافعي » بإسناده عن جابر ، عن الشعبي قال : قضى زيد بن ثابت ، وأصحاب رسول الله ﷺ في بقرة باعها رجل واشترط رأسها ، فقضى بالشروى . يعنى أن يعطى رأسا مثل رأس . ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان ، فصح ، كما لو باع حائطا ، واستثنى منه نخلة معينة . وكونه لا يجوز إفراده بالبيع يبطل بالثمرة قبل التأخير لا يجوز إفرادها^(١٣) بالبيع بشرط التبقية ، ويجوز استئناؤها ، والحمل مجهول . ولنا فيه منع ، فإن امتنع المشتري من ذبحها لم يجبر عليه ، ويلزمه قيمة ذلك على التقريب . نص عليه ؛ لما روى عن علي ، رضي الله عنه : أنه قضى في رجل اشترى ناقة وشرط ثنيها . فقال : اذهبوا / إلى السوق ، فإذا بلغت أقصى ثمنها ، فأعطوه حساب ثنيها من ثمنها .

فصل : فإن استثنى شحم الحيوان ، لم يصح . نص عليه أحمد . قال أبو بكر : لا يختلفون عن أبي عبد الله ، أنه لا يجوز . وذلك^(١٤) ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم . ولأنه مجهول لا يصح إفراده بالبيع ، فلم يصح استئناؤه ، كفخذها ، وإن استثنى الحمل ، لم يصح استئناؤه لذلك . وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي . وقد نقل عن أحمد صحته ، وبه قال الحسن ، والنخعي ، وإسحاق ، وأبو ثور . لما روى نافع عن ابن عمر ، أنه باع جارية ، واستثنى ما في بطنها . ولأنه يصح استئناؤه في العتق ، فصح في البيع قياسا عليه . ولنا ، ما تقدم . والصحيح من حديث ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى ما في بطنها .

(١٣) في الأصل : « إفراده » .

(١٤) في م : « ذلك » .

لأنَّ التَّقَاتِ الحُفَاطَ حَدَّثُوا الْحَدِيثَ ، فَقَالُوا : أَعْتَقَ جَارِيَةً . وَالْإِسْنَادُ وَاحِدٌ ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ . وَلَا يَلْزَمُ مِنَ الصَّحَّةِ فِي الْعَتَقِ الصَّحَّةُ فِي الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَا تَمْنَعُهُ الْجَهَالَةُ وَلَا الْعَجْزُ عَنِ التَّسْلِيمِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ شُرُوطُ الْبَيْعِ .

فصل : وَإِنْ بَاعَ جَارِيَةً حَامِلًا بِحُرٍّ . فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ ، فَكَأَنَّهُ مُسْتَتْنَى . وَالْأَوَّلَى صِحَّتُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَعْلُومٌ ، وَجَهَالَةُ الْحَمْلِ لَا تَضُرُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَيْسَ بِمَبِيعٍ وَلَا مُسْتَتْنَى بِاللَّفْظِ ، وَقَدْ يُسْتَتْنَى بِالشَّرْعِ مَا لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ بِاللَّفْظِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ أَمَةً مُزَوَّجَةً صَحَّ ، وَوَقَعَتْ مَنَفَعَةُ الْبُضْعِ مُسْتَتْنَاءً بِالشَّرْعِ . وَلَوْ اسْتَتْنَاهَا بِاللَّفْظِ لَمْ يَجْزُ . وَلَوْ بَاعَ أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ لِلْبَائِعِ ، أَوْ نَخْلَةٌ مُؤَبَّرَةٌ ، لَوْقَعَتْ مَنَفَعَتُهَا مُسْتَتْنَاءً مُدَّةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ وَالشَّمَرَةِ ، وَلَوْ اسْتَتْنَاهَا بِقَوْلِهِ ، لَمْ يَجْزُ .

فصل : وَلَوْ بَاعَ دَارًا إِلَّا ذِرَاعًا ، وَهِيَ يَعْلَمَانِ ذُرْعَانَ الدَّارِ ، جَازَ ، وَكَانَ مُسْتَتْنِيًا جُزْءًا مُشَاعًا مِنْهَا ، لِأَنَّهُ جُزْءٌ مَعْلُومٌ يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ ، فَجَازَ اسْتِثْنَاؤُهُ ، كَثَلُهَا وَرُبْعُهَا ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ اسْتَتْنَى / مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ مِنْ مَبِيعٍ مَعْلُومٍ بِالمُشَاهَدَةِ ، فَلَمْ يَجْزُ كَاسْتِثْنَاءِ الصَّاعِ مِنْ ثَمَرَةٍ الْحَائِطِ ، وَالْقَفِيرِ مِنَ الصَّبْرَةِ . وَهَكَذَا الْحُكْمُ إِذَا بَاعَهُ ضَيْعَةً إِلَّا جَرِيًّا^(١٥) ، فَمَتَى عَلِمَ جُرْبَانَ الضَّيْعَةِ صَحَّ ، وَإِلَّا فَلَا .

فصل : وَإِذَا بَاعَ سِمْسِيمًا وَاسْتَتْنَى الْكُسْبَ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ بَاعَهُ الشَّيْرَجَ فِي الْحَقِيقَةِ . وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ ، فَإِنَّهُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَلَا مَوْصُوفٍ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الثَّنْيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ^(١٦) . وَكَذَا لَوْ بَاعَهُ قُطْنًا وَاسْتَتْنَى الْحَبَّ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِجَهَالَةِ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ الْمُسْتَتْنَى غَيْرُ مَعْلُومٍ . وَلَوْ بَاعَهُ السُّمْسِيمَ وَاسْتَتْنَى الشَّيْرَجَ ، لَمْ يَجْزُ لِذَلِكَ^(١٧) .

(١٥) الجريب : المزرعة .

(١٦) تقدم تخريجه في صفحة ١٣١ .

(١٧) في م : وكذلك .

فصل : ولو باعه بدينار إلا درهما ، أو إلا قفيزا من حنطة أو شعير ، لم يصح البيع ؛ لأنه قصد رفع قدر المشتى من المشتى منه . وقدر ذلك مجهول ، فيصير الثمن مجهولا .

٧٣٠ - مسألة ؛ قال : (وإذا اشترى الثمرة دون الأصل ، فتلفت بجائحة من السماء ، رجع بها على البائع)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

الأول ، أن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع . وبهذا قال أكثر أهل المدينة ، منهم . يحيى بن سعيد الأنصارى ، ومالك ، وأبو عبيد ، وجماعة من أهل الحديث . وبه قال الشافعى فى القديم . وقال أبو حنيفة ، والشافعى فى الجديد : هو من ضمان المشتري ؛ لما روى ، أن امرأة أتت النبي ﷺ ، فقالت : إن ابني اشترى ثمرة من فلان ، فأذهبتها الجائحة ، فسأله ^(١) أن يضع عنه ، فتألى أن لا يفعل . فقال النبي ﷺ : « تألى فلان أن لا يفعل خيرا » . متفق عليه ^(٢) . ولو كان واجبا لأجبره عليه ؛ لأن التخلية يتعلق بها جواز التصرف ، فتعلق بها الضمان ، كالنقل والتحويل ، ولأنه لا يضمه إذا أتلفه آدمي ، كذلك لا يضمه بإتلاف غيره . ولنا ، ما روى مسلم ^(٣) ، فى « صحيحه » عن جابر ، أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح . وعنه قال : قال رسول الله ﷺ : « / إن بعث من ٢٠٧/٤ و

(١) فى م : « فسأله » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب هل يشرى الإمام بالصلح ، من كتاب الصلح . صحيح البخارى ٢٤٤/٣ . ومسلم ، فى : باب استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٢/٣ . أخرجه بغير لفظه عن أبى الرجال ، عن أمه ، عمرة عن عائشة .

كما أخرجه أيضا من هذا الطريق الإمام مالك ، فى : باب الجائحة فى بيع الثمار والزرع ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٢١/٢ .

(٣) فى : باب وضع الجوائح ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩١/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع السنين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٨/٢ . والنسائى ، =

أَخِيكَ ثَمَرًا ، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا ، لِمَ تَأْخُذُ مَالِ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ ؟ » رواه مُسْلِمٌ وأبو داود^(٤) ، وَلَفْظُهُ : « مَنْ بَاعَ ثَمَرًا ، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يَأْخُذُ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْئًا ، عَلَى مَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالِ^(٥) أَخِيهِ الْمُسْلِمِ ؟ » . وهذا صَرِيحٌ فِي الْحُكْمِ فَلَا يُعَدَّلُ عَنْهُ . قَالَ الشَّافِعِيُّ : لَمْ يَثْبُتْ عِنْدِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ ، وَلَوْ ثَبَتَ لَمْ أَعُدَّهُ ، وَلَوْ كُنْتُ قَائِلًا بِوَضْعِهَا لَوَضَعْتُهَا فِي الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ . قُلْنَا : الْحَدِيثُ ثَابِتٌ . رواه الأئمة ، منهم : الإمام أحمد ، وَيَحْيَى بْنُ مَعِينٍ ، وَعَلِيُّ بْنُ حَرْبٍ ، وَغَيْرُهُمْ ، عَنْ ابْنِ عُيَيْنَةَ ، عَنْ حُمَيْدِ الْأَعْرَجِ ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ عَتِيقٍ ، عَنْ جَابِرٍ . وَرَوَاهُ مُسْلِمٌ فِي « صَحِيحِهِ » ، وَأَبُو دَاوُدَ فِي « سُنَنِهِ » ، وَابْنُ مَاجَهَ وَغَيْرُهُمْ . وَلَا حُجَّةَ لَهُمْ فِي حَدِيثِهِمْ ، فَإِنْ فَعَلَ الْوَاجِبَ خَيْرٌ ، فَإِذَا تَأَلَّى أَنْ لَا يَفْعَلَ الْوَاجِبَ ، فَقَدْ تَأَلَّى أَلَّا يَفْعَلَ خَيْرًا . فَأَمَّا الْإِجْبَارُ ، فَلَا يَفْعَلُهُ النَّبِيُّ ﷺ بِمُجَرَّدِ قَوْلِ الْمُدَّعَى مِنْ غَيْرِ إِقْرَارٍ مِنَ^(٦) الْبَائِعِ ، وَلَا حُضُورٍ . وَلَئِنْ التَّخْلِيَةَ لَيْسَتْ بِقَبْضٍ تَامٍّ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ تَلَفَتْ بَعْطُشٌ عِنْدَ بَعْضِهِمْ . وَلَا يَلْزَمُ مِنْ إِبَاحَةِ التَّصَرُّفِ تَمَامُ الْقَبْضِ ، بِدَلِيلِ الْمَنَافِعِ فِي الْإِجَارَةِ يُبَاحُ التَّصَرُّفُ فِيهَا ، وَلَوْ تَلَفَتْ كَانَتْ مِنْ ضَمَانِ الْمُؤَجِّرِ ، كَذَلِكَ الثَّمَرَةُ ، فَإِنَّهَا فِي شَجَرِهَا ، كَالْمَنَافِعِ قَبْلَ^(٧) اسْتِيفَائِهَا ، تُوجَدُ حَالًا فَحَالًا^(٨) ، وَقِيَاسُهُمْ يَبْطُلُ بِالتَّخْلِيَةِ فِي الْإِجَارَةِ .

= في : باب وضع الجوائح ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٣/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٩/٣ .
 (٤) أخرجه مسلم ، في : باب وضع الجوائح ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٠/٣ . وأبو داود ، في : باب في وضع الجائحة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٨/٢ .
 كما أخرجه النسائي ، في : باب وضع الجوائح ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٢/٧ ، ٢٣٣ . وابن ماجه ، في : باب بيع الثمار سنين والجائحة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٧/٢ .

(٥) في م : « من مال » .

(٦) سقط من : « الأصل » .

(٧) في م زيادة : « قبل » .

(٨) في النسخ : « لحالا » .

الفصل الثاني : أَنَّ الجَائِحَةَ كُلَّ آفَةٍ لَا صُنْعَ لِلْآدَمِيِّ فِيهَا ، كَالرَّيْحِ ، وَالْبَرْدِ ، وَالْجَرَادِ ، وَالْعَطَشِ ؛ لِمَا رَوَى السَّاجِيُّ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى فِي الْجَائِحَةِ^(٩) . وَالْجَائِحَةُ تَكُونُ فِي الْبَرْدِ ، وَالْجَرَادِ ، وَفِي الْحَبَقِ^(١٠) ، وَالسَّيْلِ ، وَفِي الرِّيحِ . وَهَذَا تَفْسِيرٌ مِنَ الرَّوَايِ لِكَلَامِ النَّبِيِّ ﷺ ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ إِلَيْهِ . وَأَمَّا مَا كَانَ يَفْعَلُ آدَمِيُّ ، فَقَالَ الْقَاضِي : الْمُشْتَرَى بِالْخِيَارِ بَيْنَ فُسْخِ الْعَقْدِ ، وَمُطَالَبَةِ الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ ، وَبَيْنَ الْبَقَاءِ عَلَيْهِ ، وَمُطَالَبَةِ الْجَانِي بِالْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ الرُّجُوعُ بِنَدْلِهِ ، بِخِلَافِ التَّالِفِ بِالْجَائِحَةِ^(١١) .

الفصل / الثالث : أَنَّ ظَاهِرَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ قَلِيلِ الْجَائِحَةِ وَكَثِيرِهَا ، إِلَّا أَنَّ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِتَلْفِ مِثْلِهِ ، كَالشَّيْءِ الْيَسِيرِ الَّذِي لَا يَنْضَبِطُ ، فَلَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِنِّي لَا أَقُولُ فِي عَشْرِ ثَمَرَاتٍ ، وَلَا عِشْرِينَ ثَمَرَةً ، وَلَا أَدْرِي مَا الثُّلُثُ ، وَلَكِنْ إِذَا كَانَتْ جَائِحَةً تُعْرَفُ ؛ الثُّلُثُ ، أَوِ الرَّبْعُ ، أَوِ الْخُمْسُ ، تُوضَعُ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ مَا كَانَ^(١٢) دُونَ الثُّلُثِ فَهُوَ مِنَ^(١٣) ضَمَانِ الْمُشْتَرَى ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي الْقَدِيمِ ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَأْكُلَ الطَّيْرُ مِنْهَا ، وَتَنْثُرَ الرِّيحُ ، وَيَسْقُطَ مِنْهَا ، فَلَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ ضَابِطٍ وَاحِدٍ فَاصِلٍ بَيْنَ ذَلِكَ وَبَيْنَ الْجَائِحَةِ ، وَالثُّلُثُ قَدْ رَأَيْنَا الشَّرْعَ اعْتَبَرَهُ فِي مَوَاضِعَ ، مِنْهَا ؛ الْوَصِيَّةُ ، وَعَطَايَا الْمَرِيضِ ، وَتَسَاوَى جِرَاحِ الْمَرْأَةِ جِرَاحَ^(١٤) الرَّجُلِ إِلَى الثُّلُثِ . قَالَ الْأَثَرُمُ : قَالَ أَحْمَدُ : إِنَّهُمْ يَسْتَعْمِلُونَ الثُّلُثَ فِي سَبْعِ عَشْرَةَ مَسْأَلَةً . وَلِأَنَّ الثُّلُثَ فِي حَدِّ الْكَثْرَةِ ، وَمَا دُونَهُ فِي

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ١٧٧ .

(١٠) كذا . ولم نعرفه .

(١١) في الأصل : « بجائحة » .

(١٢) في م زيادة : « بعد » .

(١٣) سقط من : « م » .

(١٤) في م : « وجراح » .

حَدَّ الْقِلَّةِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الْوَصِيَّةِ : « الثُّلُثُ ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ » (١٥) .
فَيَدُلُّ هَذَا عَلَى أَنَّهُ آخِرُ حَدِّ الْكَثْرَةِ ، فَلهَذَا قُدِّرَ بِهِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلُ ، عُمُومُ الْأَحَادِيثِ ،
فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِزِ (١٦) . وَمَا دُونَ الثُّلُثِ دَاخِلٌ فِيهِ ، فَيَجِبُ
وَضْعُهُ . وَلَأنَّ هَذِهِ الثَّمَرَةَ لَمْ يَتِمَّ قَبْضُهَا ، فَكَانَ مَا تَلَفَ مِنْهَا مِنْ مَالِ الْبَائِعِ ، وَإِنْ
كَانَ قَلِيلًا ، كَالْتِي عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ ، وَمَا أَكَلَهُ الطَّيْرُ (١٧) أَوْ سَقَطَ لَا يُؤْثَرُ فِي
الْعَادَةِ ، وَلَا يُسَمَّى جَائِحَةً ، فَلَا يَدْخُلُ فِي الْخَبَرِ ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، فَهُوَ
مَعْلُومُ الْوُجُودِ بِحُكْمِ الْعَادَةِ ، فَكَانَتْهُ مَشْرُوطٌ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا تَلَفَ شَيْءٌ
لَهُ قَدْرٌ خَارِجٌ عَنِ الْعَادَةِ ، وَضَعَ مِنَ الثَّمَنِ بِقَدْرِ الدَّاهِبِ . فَإِنْ تَلَفَ الْجَمِيعُ ، بَطَلَ
الْعَقْدُ ، وَيَرْجَعُ الْمُشْتَرِي بِجَمِيعِ الثَّمَنِ . وَأَمَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، فَإِنَّهُ يَعْتَبَرُ
ثُلُثَ الْمَبْلَغِ ، وَقِيلَ : ثُلُثَ الْقِيَمَةِ . فَإِنْ تَلَفَ الْجَمِيعُ ، أَوْ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلُثِ ، رَجَعَ
بِقِيَمَةِ التَّالِفِ (١٨) كُلِّهِ (١٩) مِنَ الثَّمَنِ (٢٠) . وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْجَائِحَةِ ، أَوْ قَدَّرَ مَا أُتْلِفَ ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةُ . وَلِأَنَّهُ غَارِمٌ ، وَالْقَوْلُ فِي الْأَصُولِ قَوْلُ
الْغَارِمِ .

فصل : فَإِنْ بَلَغَتِ الثَّمَرَةُ أَوْ أَنَّ الْجِزَارَ ، فَلَمْ يَجْزُهَا حَتَّى اجْتَبَحَتْ ، / فقال
القاضي : عِنْدِي لَا يُوضَعُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ بِتَرْكِ النَّقْلِ فِي وَقْتِهِ مَعَ قُدْرَتِهِ ، فَكَانَ
الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَلَوْ اشْتَرَى ثَمَرَةً قَبْلَ بُدْوَ صِلَاحِهَا بِشَرْطِ الْقَطْعِ ، فَأَمَكَّنَهُ قَطْعُهَا ،
فَلَمْ يَقْطَعْهَا حَتَّى تَلَفَتْ ، فَهِيَ مِنْ ضَمَانِهِ ؛ لِأَنَّ تَلَفَهَا يَتَفَرِّطُهُ . وَإِنْ تَلَفَتْ قَبْلَ
إِمْكَانِ قَطْعِهَا ، فَهِيَ مِنْ ضَمَانِ بَائِعِهَا ، كَالْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا (٢١) .

(١٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣٧ .

(١٦) تقدم تخريجه في صفحة ١٧٧ .

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في م : « التلف » .

(١٩ - ١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م : « فيها » .

فصل : إذا استأجر أرضاً ، فزرعها ، فتلف الزرع^(٢١) ، فلا شيء على المؤجر ، نص عليه أحمد . ولا نعلم فيه خلافاً ؛ لأن المَعْقُودَ عليه منافع الأرض ، ولم تُلَف ، وإنما تلف مال المستأجر فيها ، فصار كدار استأجرها ليَقْصُر^(٢٢) فيها ثياباً ، فتلفت الثياب فيها .

٧٣١ - مسألة ؛ قال : (وإذا وقع البيع على مكيل ، أو^(١) موزون ، أو معدود ، فتلف قبل قبضه ، فهو من مال البائع)

ظاهر كلام الخرقى أن المكيل ، والموزون ، والمعدود ، لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه ، سواء كان متعيناً ، كالصبرة ، أو غير متعين ، كقفيز منها . وهو ظاهر كلام أحمد . ونحوه قول إسحاق . وروى عن عثمان بن عفان ، وسعيد ابن المسيب ، والحسن ، والحكم ، وحماد بن أبي سليمان ، أن كل ما يبيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه . وقال القاضي وأصحابه : المراد بالمكيل ، والموزون ، والمعدود ، ما ليس بمتعين منه ، كالقفيز من صبرة ، والرطل من زبرة^(٢) ، ومكيلة زيت من دن ، فأما المتعين ، فيدخل في ضمان المشتري ، كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل . وقد نقل عن أحمد ما يدل على قولهم ، فإنه قال في رواية أبي الحارث ، في رجل اشترى طعاماً ، فطلب من يحمله ، فرجع وقد احترق الطعام^(٣) ، فهو من مال المشتري ، واستدل بحديث ابن عمر : ما أدركت الصفقة حياً مجموعاً ، فهو من مال المشتري^(٤) . وذكر الجوز جاني عنه في من اشترى ما في السفينة صبرة ، ولم

(٢١) في الأصل : « الربع » .

(٢٢) قصر الثوب : دقه ويبيضه .

(١) في م زيادة : « على » .

(٢) الزبرة : القطعة الضخمة .

(٣) سقط من : « الأصل » .

(٤) أخرجه البخاري تعليقا ، في : باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٠/٣ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٥٤/٣ .

يُسَمَّ كَيْلًا ، فلا بأس أن يُشْرِكَ فيها ، وَيَبِيعَ ما شاء ، إِلَّا أن يكونَ بينهما كَيْلٌ ، فلا يُؤْلَى حتى يُكَالَ عليه . ونحو هذا قال مالِكٌ ، فإنه قال : ما يَبِيعُ من الطَّعامِ ^(٥) مُكَايَلَةً ، أو مُوَازَنَةً ، / لم يَجُزْ يَبِيعُهُ قَبْلَ ^(٦) قَبْضِهِ ، وما يَبِيعُ مُجَازَفَةً ، أو يَبِيعُ من غيرِ الطَّعامِ مُكَايَلَةً ، أو مُوَازَنَةً ، جَازَ يَبِيعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ . ووجه ذلك ، ما رَوَى الأَوْزَاعِيُّ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن حَمْزَةَ بن عبدِ اللهِ بن عمرَ ، أَنَّهُ سَمِعَ عبدَ اللهِ بنَ عمرَ يقولُ : مَضَتْ السُّنَّةُ أَنَّ ما أَدْرَكَتْهُ الصَّفَقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا ، فهو من مالِ المُبتاعِ . رواه البخاري ^(٧) ، عن ابنِ عمرَ من قولِهِ تَعْلِيْقًا . وقولُ الصَّحَابِيِّ مَضَتْ السُّنَّةُ . يقتضِي سُنَّةَ النَّبِيِّ ﷺ . ولأنَّ المَبِيعَ المُعَيَّنَ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ ^(٨) حَقُّ تَوْفِيَّتِهِ ^(٩) ، فكان من مالِ المُشْتَرِي ، كغيرِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ . ونُقِلَ عن أحمدَ ، أَنَّ المَطْعومَ لا يَجُوزُ يَبِيعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ ، سواءَ كانَ مَكِيلًا ، أو مَوْزُونًا ، أو لم يَكُنْ . وهذا يَفْتَضِي أَنَّ الطَّعامَ خاصَّةً لا يَدْخُلُ في ضَمَانِ المُشْتَرِي حتى يَقْبِضَهُ ، فإنَّ التِّرْمِذِيَّ رَوَى عن أحمدَ ، أَنَّهُ أَرَخَصَ في بَيْعِ ما لا يُكَالَ ولا يُوزَنُ ممَّا لا يُؤْكَلُ ولا يُشْرَبُ قَبْلَ قَبْضِهِ . وقال الأَثَرُمُ : سَأَلْتُ أبا عبدِ اللهِ عن قولِهِ : نَهَى عن رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ ^(٩) . قال : هذا في الطَّعامِ وما أَشْبَهَهُ من مَأْكُولٍ أو مَشْرُوبٍ ، فلا يَبِيعُهُ حتى يَقْبِضَهُ . قال ابنُ عبدِ البرِّ : الأصَحُّ عن أحمدَ بنِ حَنْبَلٍ أَنَّ الذي يُمنَعُ من يَبِيعِهِ ^(١٠) قَبْلَ قَبْضِهِ ^(١١) هو الطَّعامُ ؛ وذلكَ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ قَبْلَ قَبْضِهِ ^(١١) . فمَفْهُومُهُ

(٥) في الأصل : « طعام » .

(٦) في م : « على » .

(٧) هو الذي تقدم .

(٨ - ٩) في الأصل : « حتى توفيه » .

(٩) أخرجه ابن ماجه ، في : باب النبی عن بیع ماليس عندك وعن ربح ما لم یضمن ، من کتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٨/٢ .

(١٠ - ١١) سقط من : الأصل .

(١١) أخرجه البخاری ، في : ما یذكر فی بیع الطعام والحکرة ، وباب بیع الطعام قبل أن یقبض ... ، من کتاب البیوع . صحیح البخاری ٨٩/٣ ، ٩٠ . ومسلم ، في : باب بطلان بیع المبیع قبل القبض ، من کتاب =

إِبَاحَةً يَبِيعُ مَا سِوَاهُ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَرَوَى ابْنُ عَمَرَ ، قَالَ : رَأَيْتُ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ الطَّعَامَ مُجَازَفَةً يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَبِيعُوهُ حَتَّى يُؤْوُوهُ إِلَى رِحَالِهِمْ . وَهَذَا نَصٌّ فِي بَيْعِ الْمُعَيَّنِّ . وَعُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ ابْتِاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا ^(١٢) . وَلِمُسْلِمٍ ^(١٣) عَنْ ابْنِ عَمَرَ قَالَ : كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جُزْأً ، فَهَنَّا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ مَنْ اشْتَرَى طَعَامًا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ ، وَلَوْ دَخَلَ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي ، جَازَ لَهُ بَيْعُهُ وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ ، كَمَا بَعْدَ الْقَبْضِ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى تَعْمِيمِ الْمَنْعِ فِي كُلِّ طَعَامٍ ، مَعَ تَنْصِيصِهِ عَلَى الْمَبِيعِ مُجَازَفَةً بِالْمَنْعِ ، / وَهُوَ خِلَافُ قَوْلِ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ ، وَيَدُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّ مَا عَدَا ٢٠٩/٤ و

= البيوع . صحيح مسلم ١١٦٠/٣ . وأبو داود ، في : باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٥٢/٢ . والنسائي ، في : باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥١/٧ ، ٢٥٢ . والإمام مالك ، في : باب بيع العينة وما يشبهها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٤٠/٢ . (١٢) الأول أخرجه البخاري ، في : باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، وباب من رأى إذا اشترى طعاماً جزأً أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله والأدب في ذلك ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٨٩/٣ ، ٩٠ . ومسلم ، في : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦١/٣ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٥٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٤٢/٢ .

والثاني أخرجه البخاري ، في : باب الكيل على البائع والمعطى ، وباب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض ويباع ما ليس عندك ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٨٨/٣ - ٩٠ . ومسلم ، في : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٩/٢ ، ١١٦٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥١/٣ ، ٢٥٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٩١/٥ . والنسائي ، في : باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥١/٧ ، ٢٥٢ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٩/٢ . والإمام مالك ، في : باب العينة وما يشبهها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٤٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٢/٢ ، ٥٩ ، ٦٤ ، ٧٣ ، ٧٩ ، ١٠٨ ، ١١١ ، ٣٩٢/٣ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ .

(١٣) في : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦١/٣ . كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب بيع المجازفة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٠/٢ .

الطَّعَامِ يُخَالِفُهُ فِي ذَلِكَ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّ الطَّعَامَ الْمَنْهِيَّ عَنْ بَيْعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ لَا يَكَادُ يَخْلُو مِنْ كَوْنِهِ مَكِيلًا ، أَوْ مَوْزُونًا ، أَوْ مَعْدُودًا ، فَتَعْلُقُ الْحُكْمَ بِذَلِكَ كَتَعْلُقِ رَبَا الْفَضْلِ بِهِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْمَكِيلَ ، وَالْمَوْزُونَ ، وَالْمَعْدُودَ مِنَ الطَّعَامِ ^(١٤) الَّذِي وَرَدَ النَّصُّ بِمَنْعِ بَيْعِهِ ، وَهَذَا أَظْهَرُ دَلِيلًا وَأَحْسَنُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ تَلَفَ الْمَبِيعُ مِنْ ذَلِكَ قَبْلَ قَبْضِهِ بَاقِيَةً سَمَاوِيَّةً ، بَطَلَ الْعَقْدُ ، وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ . وَإِنْ تَلَفَ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي ، اسْتَقَرَّ الثَّمَنُ عَلَيْهِ ، وَكَانَ كَالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيهِ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ ، لَمْ يَبْطُلِ الْعَقْدُ ، عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ فِي الْجَائِحَةِ ، وَيُثْبِتُ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارَ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، فَهُوَ كَحُدُوثِ الْعَيْبِ فِي يَدِهِ ، وَبَيْنَ الْبَقَاءِ عَلَى الْعَقْدِ ، وَمُطَالَبَةِ الْمُتَلِفِ بِالْمِثْلِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . وَإِنْ أَتْلَفَهُ الْبَائِعُ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : الْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ مَنْ يَلْزَمُهُ ضَمَانُهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ لَا غَيْرُ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ يَضْمَنُهُ بِهِ الْبَائِعُ ، فَكَانَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ كالتَّلَفِ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى . وَفَرَّقَ أَصْحَابُنَا بَيْنَهُمَا بِكَوْنِهِ إِذَا تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، لَمْ يُوجَدْ مُقْتَضِرٌ لِلضَّمَانِ سِوَى حُكْمِ الْعَقْدِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ ، فَإِنَّ إِتْلَافَهُ يَقْتَضِي الضَّمَانَ بِالْمِثْلِ ، وَحُكْمُ الْعَقْدِ يَقْتَضِي الضَّمَانَ بِالثَّمَنِ ، فَكَانَتِ الْخِيَرَةُ إِلَى الْمُشْتَرِي فِي التَّضْمِينِ بَايَهُمَا شَاءَ .

فصل : وَلَوْ تَعَيَّبَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، أَوْ تَلَفَ بَعْضُهُ بِأَمْرِ سَمَاوِيٍّ ، فَالْمُشْتَرِي مُخَيَّرٌ بَيْنَ قَبُولِهِ نَاقِصًا ، وَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَبَيْنَ فَسْخِ الْعَقْدِ وَالرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ رَضِيَهِ مَعِيًّا ، ^(١٥) فَكَأَنَّهُ اشْتَرَى مَعِيًّا ^(١٥) وَهُوَ عَالِمٌ بِعَيْبِهِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا مِنْ أَجْلِ الْعَيْبِ . وَإِنْ فَسَخَ الْعَقْدَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَلَفَ الْمَبِيعُ كُلَّهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ الثَّمَنِ ، فَإِذَا تَعَيَّبَ ، أَوْ تَلَفَ بَعْضُهُ ، كَانَ أَوْلَى . وَإِنْ تَعَيَّبَ بِفِعْلِ

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « الْمَطْعُوم » .

(١٥ - ١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

المُشْتَرَى ، أَوْ تَلَفَ بَعْضُهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ / الْفَسْخُ^(١٦) لِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أُتْلَفَ مِلْكُهُ ، فَلَمْ يَرْجَعْ عَلَى غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بِفِعْلِ الْبَائِعِ ، فَقِيَاسُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، أَنَّ الْمُشْتَرَى مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ ، وَبَيْنَ اخْتِذِهِ ، وَالرُّجُوعِ عَلَى الْبَائِعِ بِعَوَضٍ مَا أُتْلَفَ أَوْ عَيْبَ . وَقِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى . وَإِنْ كَانَ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ ، وَالْمُطَالَبَةِ بِالثَّمَنِ ، وَبَيْنَ اخْتِذِ الْمَبِيعِ ، وَمُطَالَبَةِ الْمُتْلِفِ بِعَوَضٍ مَا أُتْلَفَ .

فصل : وَلَوْ بَاعَ شَاةً بِشَعِيرٍ ، فَأَكَلَتْهُ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرَى ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أُتْلَفَتْ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ إِتْلَافِهِ لَهُ^(١٧) ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ فِي يَدِ أَجْنَبِيٍّ ، فَهُوَ كَمَا إِتْلَافُهُ . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي يَدِ أَحَدٍ ، انْفَسَخَ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ هَلَكَ قَبْلَ الْقَبْضِ بِأَمْرِ لَا يُنْسَبُ إِلَى آدَمِيٍّ ، فَهُوَ كَتْلَفِهِ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى .

فصل : وَلَوْ اشْتَرَى شَاةً أَوْ عَبْدًا أَوْ شِقْصًا بِطَعَامٍ ، فَقَبَضَ الشَّاةَ أَوْ الْعَبْدَ ، أَوْ بَاعَهُمَا ، أَوْ اخْتَذَ الشَّقْصَ بِالشُّفْعَةِ ، ثُمَّ تَلَفَ الطَّعَامُ قَبْلَ قَبْضِهِ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ دُونَ الثَّانِي ، وَلَا يَبْطُلُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ كَمَلَ قَبْلَ فَسْخِ الْعَقْدِ ، وَيَرْجِعُ مُشْتَرَى الطَّعَامِ عَلَى مُشْتَرَى الشَّاةِ وَالْعَبْدِ وَالشَّقْصِ بِقِيَمَةِ ذَلِكَ ؛ لِتَعَذُّرِ رَدِّهِ ، وَعَلَى الشَّافِعِ مِثْلُ الطَّعَامِ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضُ الشَّقْصِ .

٧٣٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَا عَدَاهُ فَلَا يُخْتَا جُ فِيهِ إِلَى قَبْضٍ ، وَإِنْ تَلَفَ فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرَى)

يَعْنِي مَا عَدَا الْمَكِيلَ ، وَالْمَوْزُونَ ، وَالْمَعْدُودَ ، فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرَى قَبْلَ قَبْضِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ^(١) قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ ، إِلَّا

(١٦) فِي م : « فُسَخَ » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

العَقَار . وقال الشَّافِعِيُّ : كُلُّ مَبِيعٍ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُشْتَرِي . وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى كَقَوْلِهِ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ قَالَ : أَرَى كُلَّ شَيْءٍ بِمَنْزِلَةِ الطَّعَامِ . وَلِأَنَّ التَّسْلِيمَ وَاجِبٌ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ ، فَإِذَا تَعَذَّرَ بِتَلْفِهِ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ ، كَالْمَكِيلِ ، وَالْمَوْزُونِ ، وَالْمَعْدُودِ . / وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْحَرَاجُ بِالضَّمَانِ » ^(٢) . وَهَذَا الْمَبِيعُ نَمَائُوهَ لِلْمُشْتَرِي ، فَضْمَانُهُ عَلَيْهِ . وَقَوْلُ ابْنِ عَمْرٍ : مَضَتْ السَّنَةُ أَنَّ مَا أَدْرَكَتْهُ الصَّفَقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُبْتَاعِ ^(٣) . وَلِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ تَوْفِيَّةٍ ، وَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ ^(٤) بَعْدَ الْقَبْضِ ^(٥) ، فَكَانَ مِنْ ضَمَانِهِ قَبْلَهُ ، كَالْمِيرَاثِ . وَتَخْصِيصُ النَّبِيِّ ﷺ الطَّعَامَ بِالنَّهْيِ عَنْ بَيْعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ دَلِيلٌ عَلَى مُخَالَفَةِ غَيْرِهِ لَهُ .

فصل : وَالْمَبِيعُ بِصِفَةٍ ، أَوْ رُؤْيَا مُتَقَدِّمَةٍ ، مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُبْتَاعُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ ^(٥) تَوْفِيَّةٍ ، فَجَرَى مَجْرَى الْمَكِيلِ ، وَالْمَوْزُونِ . قَالَ أَحْمَدُ : لَوْ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ عَبْدًا بِعَيْنِهِ ، فَمَاتَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي ، إِلَّا أَنْ يَطْلُبَهُ ، فَيَمْنَعَهُ الْبَائِعُ ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ حِينَ عَطِبَ . وَلَوْ حَبَسَهُ بِبَقِيَّةِ الثَّمَنِ ، فَهُوَ غَاصِبٌ ، وَلَا يَكُونُ رَهْنًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ فِي نَفْسِ الْبَيْعِ ^(٦) الرَّهْنَ .

فصل : وَقَبْضُ كُلِّ شَيْءٍ بِحَسَبِهِ ، فَإِنْ كَانَ مَكِيلًا ، أَوْ مَوْزُونًا ، بَيْعَ كَيْلًا ، أَوْ وَزْنًا ، فَقَبْضُهُ بِكَيْلِهِ وَوَزْنِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : التَّخْلِيَةُ فِي ذَلِكَ قَبْضٌ . وَقَدْ رَوَى أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ الْقَبْضَ فِي كُلِّ

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٨١ .

(٤ - ٤) في م : « قبل قبضه » .

(٥) في م : « حتى » .

(٦) سقط من : م .

شئ بالتخلية مع التمييز ؛ لأنه خلئ بينه وبين المبيع من غير حائل ، فكان قبضاً له ، كالعقار . ولنا ، ما روى أبو هريرة^(٧) ، أن رسول الله ﷺ قال : « إذا بيعت فكيل ، وإذا ابتعت فأكئل » . رواه البخاري^(٨) . وعن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ؛ صاع البائع ، وصاع المشتري . رواه ابن ماجه^(٩) ، وهذا فيما بيع كيلاً . وإن بيع جزافاً ، فقبضه نقله ؛ لأن ابن عمر قال : كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ ، إذا اشتروا طعاماً جزافاً ، أن يبيعوه في مكانه حتى يحولوه . وفي لفظ : كُنَّا نبتاع الطعام جزافاً ، فبيعت علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتعناه إلى مكانٍ سواه قبل أن نبيعه . وفي لفظ : كُنَّا نشترى الطعام / من الركبـان جزافاً ، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله . رواه^(١٠) . وهذا يبين أن الكيل إنما وجب فيما بيع بالكيل ، وقد دل على ذلك أيضاً قول النبي ﷺ : « إذا سميت الكيل فكيل » . رواه الأثرم^(١١) . وإن كان المبيع دراهم أو دنانير ، فقبضها باليد . وإن كان ثياباً^(١٢) ، فقبضها^(١٣) نقلها . وإن كان حيواناً ، فقبضه تمشيته من مكانه . وإن كان مملاً لا ينقل ويحول ، فقبضه

٢١٠/٤ ظ

(٧) كذا أورد المؤلف ، ورواية هذا الحديث باللفظ الآتي ، في مصادر التخريج التالية عن عثمان رضي الله عنه ، وليست عن أبي هريرة ، ولكن الهيثمي ذكر في مجمع الزوائد ٩٩/٤ أن لأبي هريرة في الصحيح النهي عن بيع الطعام حتى يكتاله . وانظر أيضاً فتح الباري ٣٤٤/٤ ، ٣٤٥ .

(٨) أي تعليقا ، في : باب الكيل على البائع والمعطى ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٨٨/٣ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٧٥/١ . والبيهقي ، في : باب الرجل يتاع طعاما كيلا ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١٥/٥ ، ٣١٦ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٨/٣ .

(٩) في : باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ، من كتاب التجارات ٧٥٠/٢ . كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يتاع طعاما كيلا ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١٦/٥ . والدارقطني ، من كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٨/٣ .

(١٠) تقدم تخرج هذه الروايات في صفحة ١٨٣ .

(١١) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب بيع المجازفة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٠/٢ .

(١٢) في م زيادة : « باليد » .

(١٣) في م : « قبضتها » .

التَّحْلِيَّةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُشْتَرِيهِ لَا حَائِلَ دُونَهُ . وَقَدْ ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ فِي بَابِ الرَّهْنِ ، فَقَالَ :
 إِنْ كَانَ مِمَّا يُنْقَلُ ، فَقَبْضُهُ أَخْذُهُ إِيَّاهُ مِنْ رَاهِنِهِ مَنَقُولًا ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُنْقَلُ ، فَقَبْضُهُ
 تَحْلِيَّةُ رَاهِنِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُرْتَهِنِهِ لَا حَائِلَ دُونَهُ . وَلَأَنَّ الْقَبْضَ مُطْلَقٌ فِي الشَّرْعِ ، فَيَجِبُ
 الرُّجُوعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ ، كَالْإِخْرَازِ ، وَالتَّفَرُّقِ . وَالْعَادَةُ فِي قَبْضِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ
 مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَأَجْرَةُ الْكَيْالِ وَالْوَزَانِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ
 تَقْبِيزَ الْمَبِيعِ لِلْمُشْتَرِي ، وَالْقَبْضُ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِذَلِكَ ، فَكَانَ عَلَى الْبَائِعِ ، كَمَا
 أَنَّ عَلَى بَائِعِ الثَّمَرَةِ سَقْيَهَا ، وَكَذَلِكَ أَجْرَةُ الَّذِي يَعُدُّ الْمَعْدُودَاتِ . وَأَمَّا نَقْلُ
 الْمَنْقُولَاتِ ، وَمَا أَشْبَهَهُ ، فَهُوَ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ . نَصَّ
 عَلَيْهِ أَحْمَدُ .

فصل : وَيَصِحُّ الْقَبْضُ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وَبَعْدَهُ ، بِاخْتِيَارِ الْبَائِعِ ، وَبِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ؛
 لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْبَائِعِ حَبْسُ الْمَبِيعِ عَلَى قَبْضِ الثَّمَنِ ، وَلِأَنَّ التَّسْلِيمَ مِنْ مُقْتَضِيَاتِ الْعَقْدِ ،
 فَمَتَى وَجَدَ بَعْدَهُ وَقَعَ مَوْقَعُهُ ، كَقَبْضِ الثَّمَنِ .

٧٣٣ - مسألة ؛ قَالَ : (وَمَنْ اشْتَرَى مَا يَحْتَاجُ إِلَى قَبْضِهِ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ حَتَّى
 يَقْبِضَهُ)

قَدْ ذَكَرْنَا الَّذِي لَا يَحْتَاجُ إِلَى قَبْضٍ ، وَالْخِلَافُ فِيهِ . وَكُلُّ مَا يَحْتَاجُ إِلَى قَبْضٍ
 إِذَا اشْتَرَاهُ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا ، فَلَا
 يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَلِأَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ بَائِعِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ ^(٢) ،
 كَالسَّلَامِ ، رَلَمْ أَعْلَمْ ^(٣) فِي هَذَا ^(٤) خِلَافًا ، إِلَّا مَا حُكِيَ عَنْ الْبَيْتِيِّ ، / أَنَّهُ قَالَ : لَا بَأْسَ

و ٢١١/٤

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٣ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) في م : « بين أهل العلم » .

يَبِّعُ كُلَّ شَيْءٍ قَبْلَ قَبْضِهِ . وقال^(٤) ابنُ عَبْدِ الْبَرِّ : وهذا قولُ مَرْدُودٌ بِالسُّنَّةِ وَالْحُجَّةِ الْمُجْمِعَةِ عَلَى الطَّعَامِ ، وَأُظْهِرَ لَمْ يَلْعَنَهُ هَذَا^(٥) الْحَدِيثُ ، وَمِثْلُ هَذَا لَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ . وَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ ، فَيَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ فِي أَظْهَرِ الرَّوَايَتَيْنِ ، وَيُرَوَّى مِثْلُ هَذَا عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَكَمِ ، وَحَمَّادٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، لَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ قَبْلَ قَبْضِهِ^(٦) . اخْتَارَهَا ابْنُ عَقِيلٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ أَجَازَ^(٧) بَيْعَ الْعَقَارِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَاحْتَجَّوا^(٨) بِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ^(٩) ، وَبِمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ^(١٠) ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى أَنْ تُبَاعَ السَّلْعُ حَيْثُ تُبْتَاعُ حَتَّى يَحُوزَهَا التَّجَارُ إِلَى رِحَالِهِمْ . وَرَوَى ابْنُ مَاجَهَ^(١١) أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ شِرَاءِ الصَّدَقَاتِ حَتَّى تُقْبَضَ . وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لما بَعَثَ عَتَابَ بْنَ أُسَيْدٍ إِلَى مَكَّةَ ، قَالَ : « ائْتَهُمْ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضُوا »^(١٢) ، وَعَنْ رَبِيعٍ مَا لَمْ يَضْمِنُوا^(١٣) . وَلَئِنَّهُ لَمْ يَتِمَّ الْمِلْكُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ، كَغَيْرِ الْمُتَعَيْنِ ،

(٤) سقطت الواو من : الأصل .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في الأصل : « القبض » .

(٧) في الأصل : « اختار » .

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

والحديث تقدم تخريجه في صفحة ١٨٢ .

(٩) في : باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥/١٩١ . والبيهقي ، في : باب قبض ما ابتاعه جزافا ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٣١٤ .

(١٠) في : باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٠ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣/٤٢ .

(١١) في م : « يقبضوه » .

(١٢) في م : « يضمنوه » .

والحديث أخرجه البيهقي ، في : باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان طعاما ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٣١٣ .

أو كالمكيل ، والموزون . ولنا ، ما روى ابن عمر ، قال : كُنَّا نَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ
 بِالْدَّرَاهِمِ ، فَتَأْخُذُ بَدَلِ الدَّرَاهِمِ الدَّنَانِيرَ ، وَنَبِيعُهَا بِالْدَّنَانِيرِ ، فَتَأْخُذُ بَدَلَهَا
 الدَّرَاهِمَ ، فَسَأَلْنَا النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : « لَا بَأْسَ ، إِذَا تَقَرَّقْتُمَا وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا
 شَيْءٌ » ^(١٣) . وَهَذَا تَصَرُّفٌ فِي الثَّمَنِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَهُوَ أَحَدُ الْعَوَظَيْنِ . وَرَوَى ابْنُ
 عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ عَلَى بَكْرٍ ^(١٤) صَعْبٍ - يَعْنِي لِعُمَرَ - فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعُمَرَ : « بِعْنِيهِ » .
 فَقَالَ : هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ،
 فَاصْنَعْ بِهِ مَا شِئْتَ » ^(١٥) . وَهَذَا ظَاهِرُهُ التَّصَرُّفُ فِي الْمَبِيعِ بِالْهَبَةِ قَبْلَ قَبْضِهِ .
 وَاشْتَرَى مِنْ جَابِرٍ جَمَلَهُ ، وَتَقَدَّه ثَمَنُهُ ، ثُمَّ وَهَبَهُ إِيَّاهُ قَبْلَ قَبْضِهِ ^(١٦) . وَلَئِنَّهُ أَحَدُ
 نَوْعِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَجَازَ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، كَالْمَنَافِعِ فِي الْإِجَارَةِ ، فَإِنَّهُ
 يَجُوزُ لَهُ إِجَارَةُ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ قَبْلَ قَبْضِ الْمَنَافِعِ . وَلَئِنَّهُ مَبِيعٌ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ ^(١٧)
 تَوْفِيَّةٌ ، فَصَحَّ بَيْعُهُ ، كَالْمَالِ فِي يَدِ مُودِعِهِ ، أَوْ مُضَارِبِهِ . فَأَمَّا أَحَادِيثُهُمْ ، فَقَدْ قِيلَ / :
 لَمْ يَصَحَّ مِنْهَا إِلَّا حَدِيثُ الطَّعَامِ ، وَهُوَ حُجَّةٌ لَنَا بِمَنْفُوعِهِ ، فَإِنْ تَخْصِيصَهُ الطَّعَامَ
 بِالنَّهْيِ عَنْ بَيْعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، يَدُلُّ عَلَى إِبَاحَةِ ذَلِكَ فِيمَا سِوَاهُ . وَقَوْلُهُمْ : لَمْ يَتِمَّ الْمِلْكُ
 عَلَيْهِ ، مَمْنُوعٌ ، فَإِنَّ السَّبَبَ الْمُقْتَضِي لِلْمِلْكِ مُتَحَقِّقٌ ، وَأَكْثَرُ مَا فِيهِ ^(١٨) تَخَلُّفٌ

ظ ٢١١/٤

(١٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٠٧ .

(١٤) البكر : الفتى من الإبل .

(١٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥ .

(١٦) حديث جابر أخرجه البخاري ، في : باب شراء الدواب والحمير ، من كتاب البيوع ، وباب إذا اشترط
 البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز ، من كتاب الشروط ، وباب من ضرب دابة غيره في الغزو ، من كتاب
 الجهاد . صحيح البخاري ٨١/٣ ، ٢٤٨ ، ٣٦/٤ . ومسلم ، في : باب استحباب نكاح البكر ، من كتاب
 الرضاع ، وباب بيع البعير واستثناء ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٠٨٩/٢ ، ١٢٢١/٣ ،
 ١٢٢٢ ، ١٢٢٣ . والنسائي ، في : باب البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط ، من كتاب البيوع .
 المجتبى ٢٦١/٧ ، ٢٦٢ .

(١٧) في م : « حتى » .

(١٨) سقط من : « الأصل » .

القبْضُ ، واليَدُ ليست شرطاً في صحَّةِ البَيْعِ ، بِدَلِيلِ جَوَازِ بَيْعِ المَالِ المُودَعِ ،
والمُورُوثِ ، والتَّصَرُّفِ في الصَّدَاقِ ، وَعَوَضِ الخُلْعِ عندَ أبي حنيفة .

فصل : وما لا يجوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ ، لا يجوزُ بَيْعُهُ لبائِعِهِ ؛ لِعمومِ الخبرِ فيه .
قال القاضي : ولو ابتاعَ شيئاً ممَّا يحتاجُ إلى قبْضٍ ، فَلَقِيَهُ بِبَلَدٍ آخَرَ ، لم يكنْ له
مُطَالَبَتُهُ ، ولا أَخْذُ بَدَلِهِ ، وإن تَرَاضِيَا ؛ لِأنَّهُ مَبِيعٌ لم يُقْبَضْ . فإن كان ممَّا لا يحتاجُ
إلى قبْضٍ ، جازَ أَخْذُ البَدَلِ عنه . وإن كان في سَلَمٍ ، لم يَجُزْ أَخْذُ البَدَلِ عنه ؛ لِأنَّهُ
أَيْضاً لا يجوزُ بَيْعُهُ .

فصل : وكلُّ عَوَضٍ مُلْكٌ بَعْدَ يَنْفَسِيخِ بَهْلَاكِه قَبْلَ القَبْضِ ، لم يَجُزِ التَّصَرُّفُ
فيه قَبْلَ قَبْضِهِ ، كالذي ذَكَرْنَا . والأَجْرَةُ ، وبَدَلُ الصُّلْحِ ، إذا كانا من المَكِيلِ ،
أو المَوزُونِ ، أو المَعْدُودِ ، وما لا يَنْفَسِيخُ العَقْدُ بَهْلَاكِه ، جازَ التَّصَرُّفُ فيه قَبْلَ
قَبْضِهِ^(١٩) ، كَعَوَضِ الخُلْعِ ، والعِتْقِ على مالٍ ، وبَدَلِ الصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ،
وأُرشِ الجِنَايَةِ ، وقيمةِ المُتَلَفِ ؛ لِأَنَّ المُطْلَقَ للتَّصَرُّفِ^(٢٠) المِلْكُ ، وقد وَجِدَ .
لكنَّ ما يُتَوَهَّمُ فيه غَرَرُ الانْفِسَاخِ بَهْلَاكِ المَعْقُودِ عليه ، لم يَجُزْ بِنَاءُ عَقْدٍ آخَرَ عليه ؛
تَحَرُّراً من الغَرَرِ . وما لا يُتَوَهَّمُ فيه ذلك الغَرَرُ ، انْتَفَى المَانِعُ ، فجازَ العَقْدُ عليه ،
وهذا قولُ أبي حنيفة . والمَهْرُ كذلك عندَ القاضي ، وهو قولُ أبي حنيفة ؛ لِأَنَّ
العَقْدَ لا يَنْفَسِيخُ بَهْلَاكِه . وقال الشافعيُّ : لا يجوزُ التَّصَرُّفُ فيه قَبْلَ قَبْضِهِ .
وذكره^(٢١) أبو الخَطَّابِ في غيرِ المُتَعَيَّنِ^(٢٢) ؛ لِأنَّهُ يَخْشَى رُجُوعَهُ بِانْتِقَاضِ سَبَبِهِ بِالرَّدِّ
قَبْلَ الدُّخُولِ ، أو انْفِسَاخِهِ بِسَبَبٍ من جِهَةِ المَرَأَةِ ، أو نِصْفِهِ بِالطَّلَاقِ ، أو انْفِسَاخِهِ
بِسَبَبٍ من غيرِ جِهَتِهَا . وكذلك قال الشافعيُّ في عَوَضِ الخُلْعِ . وهذا التَّعْلِيلُ باطلٌ

(١٩) في الأصل : « القبض » .

(٢٠) في م : « لتصرف » .

(٢١) في م : « ووافقه » .

(٢٢) في الأصل : « المعين » .

بما بعد القبض ، فإن قبضه لا يمنع / الرجوع فيه قبل الدخول . وأما ما ملكت بإرث ، أو وصية ، أو غنيمية ، وتعين ملكه فيه ، فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه ؛ لأنه غير مضمون بعقد معاوضة ، فهو كالمبيع المقبوض ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، والشافعي ، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم . وإن كان لإنسان في يده غيره وديعة ، أو عارية ، أو مضاربة ، أو جعله وكيلًا فيه ، جاز له بيعه ممن هو في يده ، ومن غيره ؛ لأنه عين مال مقدور على تسليمها ، لا يخشى انفساخ الملك فيها ، فجاز بيعها ، كالتى في يده . وإن كان غصبًا ، جاز بيعه ممن هو في يده ؛ لأنه مقبوض معه ، فأشبهه ببيع العارية ممن هي في يده . وأما بيعه لغيره ، فإن كان عاجزًا عن استنقاذه ، أو ظن أنه عاجز ، لم يصح شراؤه له ؛ لأنه معجوز عن تسليمه إليه ، فأشبهه ببيع الآبق والشارد . وإن ظن أنه قادر على استنقاذه ممن هو في يده ، صح البيع ؛ لإمكان قبضه . فإن عجز عن استنقاذه ، فله الخيار بين الفسخ ، والإمضاء ؛ لأن العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه . ويثبت له الفسخ ؛ للعجز عن القبض ، فأشبه ما لو باعه فرسًا ، فشردت قبل تسليمها ، أو غائبًا بالصفة ، فعجز عن تسليمه .

فصل : وإن كان لزيد على رجل طعام من سلم ، وعليه لعمرى مثل ذلك الطعام سلمًا ، فقال زيد لعمرى : اذهب فأقبض الطعام الذى لى من غريمى لنفسك . ففعل ، لم يصح ؛ لأنه لا يجوز أن يقبضه قبل أن يقبضه . وهل يصح لزيد ؟ على روايتين ؛ إحداهما ، يصح ؛ لأنه أذن له فى القبض ، فأشبه قبض وكيله . والثانية ، لا يصح ؛ لأنه لم يجعله نائبًا له فى القبض ، فلم يقع له ، بخلاف الوكيل . فعلى الوجه الأول ، يصير ملكًا لزيد ، وعلى الثانى ، يكون باقيا على ملك المسلم إليه . ولو قال زيد لعمرى : احضر اكتبالى منه لأقبضه لك . ففعل ، لم يصح . وهل يكون قابضًا لنفسه ؟ على وجهين ؛ أولهما ، أنه يكون قابضًا لنفسه ؛ لأن قبض المسلم فيه / قد وجد من مستحقه ، فصح القبض له ، كما لو نوى القبض لنفسه .

فعلى هذا ، إذا قبضه لعمرى ، صح . وإن قال : أخذه بهذا الكيل الذى قد شاهدته

فَأَخَذَهُ بِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ شَاهَدَ كَيْلَهُ ، وَعَلِمَهُ ، فَلَا مَعْنَى لِإِعْتِبَارِ كَيْلِهِ مَرَّةً ثَانِيَةً .
وعنه لَا يُجْزَى . وهو مذهب الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى
يَجْرَى فِيهِ الصَّاعَانِ^(٢٣) . وهذا دَاخِلٌ فِيهِ . وَلِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ كَيْلٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ
قَبَضَهُ جُرَافًا . وَلَوْ قَالَ زَيْدٌ لِعَمْرٍو : أَحْضَرْنَا حَتَّى أَكْتَالَهُ لِنَفْسِي ، ثُمَّ تَكْتَالُهُ أَنْتَ .
وَفَعَلَا ، صَحَّ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ . وَإِنْ أَكْتَالَهُ زَيْدٌ لِنَفْسِهِ ، ثُمَّ أَخَذَهُ عَمْرٌو بِذَلِكَ الْكَيْلِ
الَّذِي شَاهَدَهُ ، فَعَلَى الرَّوَايَتَيْنِ^(٢٤) . وَإِنْ تَرَكَهُ زَيْدٌ فِي الْمِكْيَالِ ، وَدَفَعَهُ إِلَى عَمْرٍو
لِيُفْرِغَهُ لِنَفْسِهِ ، صَحَّ ، وَكَانَ ذَلِكَ قَبْضًا صَحِيحًا ؛ لِأَنَّ اسْتِدَامَةَ الْكَيْلِ بِمَنْزِلَةِ
اِبْتِدَائِهِ ، وَلَا مَعْنَى لِابْتِدَاءِ الْكَيْلِ هُنَا ، إِذْ لَا يَحْصُلُ بِهِ زِيَادَةٌ عِلْمٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ
الشَّافِعِيِّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِإِنِّهِ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرَى فِيهِ الصَّاعَانِ .
وهذا يُمْكِنُ الْقَوْلُ بِمُوجِبِهِ ، وَقَبْضُ الْمُشْتَرِي لَهُ فِي الْمِكْيَالِ جَرَى لِصَاعِيهِ فِيهِ .
وَلَوْ دَفَعَ زَيْدٌ^(٢٥) إِلَى عَمْرٍو دِرَاهِمَ ، فَقَالَ : اشْتَرِ لَكَ بِهَا مِثْلَ الطَّعَامِ الَّذِي لَكَ
عَلَيَّ . فَفَعَلَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ دِرَاهِمَ زَيْدٍ لَا يَكُونُ عِوَضُهَا لِعَمْرٍو . فَإِنْ اشْتَرَى
الطَّعَامَ بِعَيْنِهَا ، أَوْ فِي ذِمَّتِهِ ، فَهُوَ كَتَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ عَلَى مَا بَيَّنَّ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ
لِي بِهَا طَعَامًا ، ثُمَّ أَقْبَضَهُ لِنَفْسِكَ ، فَفَعَلَ ، صَحَّ الشُّرَاءُ ، وَلَمْ يَصِحَّ الْقَبْضُ لِنَفْسِهِ ،
عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي مِثْلِ هَذِهِ الصُّورَةِ . وَإِنْ قَالَ : أَقْبَضَهُ لِنَفْسِكَ ، فَفَعَلَ ، جَازٌ . نَصَّ
أَحْمَدُ عَلَى نَظِيرِ ذَلِكَ ، وَهَكَذَا جَمِيعُ الْمَسَائِلِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ ، إِذَا حَصَلَ الطَّعَامُ فِي
يَدِ عَمْرٍو^(٢٦) لَزَيْدٍ ، فَأَذِنَ لَهُ أَنْ^(٢٧) يَقْبِضَ مِنْ نَفْسِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ :
لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَابِضًا لِنَفْسِهِ مِنْ نَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ

(٢٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٧

(٢٤) في م : « روايتين » .

(٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) في م : « عمر » .

(٢٧) في م : « أفى » .

لِنَفْسِهِ مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ ، وَيَقْبِضُ لِنَفْسِهِ مِنْ نَفْسِهِ ، ^(٢٨) وكذلك لو وَهَبَ لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ شَيْئًا ، جَازَ أَنْ يَقْبَلَ لَهُ ^(٢٨) مِنْ نَفْسِهِ ، / وَيَقْبِضَ مِنْهَا ، فَكَذَا هُنَا . ٢١٣/٤ و

فصل : وإن اشترى اثنان طعامًا ، فقبضاه ، ثم باع أحدهما الآخر ^(٢٩) نصيبه قبل أن يقسماه ، احتمل أن لا يجوز ذلك . وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، كرها أن يبيع الرجل من شريكه شيئًا ، مما يكال أو يوزن ، قبل أن يقسماه . لأنه لم يقبض نصيبه منفردًا ، فأشبهه غير المقبوض . ويحتمل الجواز ؛ لأنه مقبوض لهما ، يجوز بيعه لأجنبي ، فجاز بيعه لشريكه ، كسائر الأموال . فإن تقاسماه ، وتفرقا ، ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله ، لم يجز . كما لو اشترى من رجل طعامًا ، فاكتاله ، وتفرقا ، ثم باعه إياه بذلك الكيل . وإن لم يتفرقا ، خرج على الروايتين اللتين تقدمتا .

٧٣٤ - مسألة ؛ قال : (وَالشَّرَكَةُ فِيهِ وَالتَّوْلِيَةُ وَالْحَوَالَةُ بِهِ كَالْبَيْعِ)

وجملته ، أن ما يحتاج إلى القبض لا تجوز الشركة فيه ، ولا تولىته ، ولا الحوالة به قبل قبضه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه ؛ لأنها تختص بمثل الثمن الأول ، فجازت قبل القبض ، كالإقالة . ولنا ، أن هذه أنواع بيع ، فتدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه ، فإن الشركة بيع بعض المبيع يقسطنه من ثمنه ، والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه . ولأنه تمليك لغير من هو في ذمته ، فأشبهه البيع . وفارق الإقالة ، فإنها فسخ للبيع ، فأشبهت الرد بالعيب . وكذلك لا تصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجره ، ولا ما أشبه ذلك من التصرفات المفتقرة إلى القبض ؛ لأنه غير مقبوض ، فلا سبيل إلى إقباضه .

(٢٨ - ٢٨) في الأصل : « ولولده » .

(٢٩) في م : « للآخر » .

فصل : وأما التَّوْلِيَّةُ والشَّرِكَةُ فيما يَجُوزُ بَيْعُهُ فَجَائِزَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا نَوْعَانِ مِنْ أَنْوَاعِ الْبَيْعِ ، وَإِنَّمَا اخْتَصَّ بِأَسْمَاءِ ، كَمَا اخْتَصَّ بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ وَالْمُوَاضَعَةِ بِأَسْمَاءِ . فَإِذَا اشْتَرَى شَيْئًا فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ : أَشْرِكْنِي فِي نِصْفِهِ يَنْصِفِ الثَّمَنَ . فَقَالَ : أَشْرِكُكَ . صَحَّ ، وَصَارَ ^(١) مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا . وَإِنْ قَالَ : وَلْنِي مَا اشْتَرَيْتَهُ بِالثَّمَنِ فَقَالَ : وَلَيْتَكَ . صَحَّ ، إِذَا كَانَ الثَّمَنُ / مَعْلُومًا لهما . فَإِنْ جَهِلَهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِالرَّقْمِ . وَلَوْ قَالَ : أَشْرِكْنِي فِيهِ . أَوْ قَالَ : الشَّرِكَةُ فِيهِ ^(٢) . فَقَالَ : أَشْرِكُكَ . أَوْ قَالَ : وَلْنِي مَا اشْتَرَيْتَ . وَلَمْ يَذْكُرِ الثَّمَنَ ، صَحَّ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَعْلُومًا ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِي انْتِباعَ جُزْءٍ مِنْهُ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَالتَّوْلِيَّةُ انْتِباعَهُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، فَإِذَا أُطْلِقَ اسْمُهُ انْصَرَفَ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَقْلِنِي . فَقَالَ : أَقْلُتَكَ . وَفِي حَدِيثٍ عَنْ زُهْرَةَ ابْنِ مَعْبُدٍ ، ^(٣) أَنَّهُ كَانَ يَخْرُجُ ^(٤) بِهِ جَدُّهُ ^(٥) عَبْدُ اللَّهِ بْنُ هِشَامٍ إِلَى السُّوقِ ، فَيَشْتَرِي الطَّعَامَ ، فَيَلْقَاهُ ^(٦) ابْنُ عَمْرٍو وَابْنُ الزُّبَيْرِ ، فَيَقُولَانِ لَهُ : أَشْرِكْنَا ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَعَا لَكَ بِالْبَرَكَةِ . فَيُشْرِكُهُمْ ، فَرُبَّمَا أَصَابَ الرَّاحِلَةَ كَمَا هِيَ ، فَيَبِيعُهَا بِهَا إِلَى الْمَنْزِلِ . ذَكَرَهُ الْبُخَارِيُّ ^(٧) . وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئًا ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ : أَشْرِكْنِي . فَشَرَكَهُ ^(٨) ، انْصَرَفَ إِلَى نِصْفِهِ ؛ لِأَنَّهَا بِإِطْلَاقِهَا تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ . فَإِنْ اشْتَرَى اثْنَانِ عَبْدًا ، فَاشْتَرَكَا فِيهِ ، فَقَالَ لهما رَجُلٌ : أَشْرِكَانِي فِيهِ . فَقَالَا : أَشْرِكْنَاكَ . احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ لَهُ النِّصْفُ ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاكَهُمَا ^(٩) لَوْ كَانَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْفَرِدًا كَانَ لَهُ النِّصْفُ ، فَكَذَلِكَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَكَانَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : « الْأَصْلِ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « وَيَخْرُجُ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) فِي م : « فَيَلْقَاهُ » .

(٦) فِي : بَابِ الشَّرِكَةِ فِي الطَّعَامِ وَغَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّرِكَةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٨٤/٣ .

(٧) فِي م هُنَا وَفِيمَا يَلِي : « فَأَشْرَكَهُ » .

(٨) فِي م : « إِشْرَاكَهُمَا » .

حَالِ الْاجْتِمَاعِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ الثُّلُثُ ؛ لِأَنَّ الْإِشْرَاقَ يُفِيدُ التَّسَاوِيَّ ،
وَلَا يَحْصُلُ التَّسَاوِيَّ إِلَّا بِجَعْلِهِ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا . وَهَذَا أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ إِشْرَاقَ^(٩) الْوَاحِدِ
إِنَّمَا اقْتَضَى النِّصْفَ ؛ لِحُصُولِ التَّسْوِيَةِ بِهِ . وَإِنْ شَرَكَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَفَرِّدًا ،
كَانَ لَهُ النِّصْفُ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّبْعُ . وَإِنْ قَالَ : أَشْرِكُنِي فِيهِ . فَشَرَكَهُ
أَحَدُهُمَا ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَكُونُ لَهُ نِصْفُ حِصَّةِ الَّذِي شَرَكَهُ وَهُوَ الرُّبْعُ ، وَعَلَى
الْآخِرِ لَهُ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّ طَلَبَ الشَّرِكَةِ مِنْهُمَا يَقْتَضِي طَلَبَ ثُلُثٍ مَا فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا ؛ لِيَكُونَ مُسَاوِيًّا لَهَا . فَإِذَا أَجَابَهُ أَحَدُهُمَا ثَبَّتَ لَهُ الْمِلْكُ فِيمَا طَلَبَ مِنْهُ .
^(١٠) وَإِنْ قَالَ لَهُ أَحَدُهُمَا : أَشْرِكْنَاكَ . انْتَبَى عَلَى تَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ^(١١) . فَإِنْ قُلْنَا :
يَقِفْ عَلَى الْإِجَازَةِ مِنْ صَاحِبِهِ . فَأَجَاذَهُ ، فَهَلْ يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ فِي نِصْفِهِ أَوْ فِي ثُلُثِهِ ؟
عَلَى الْوَجْهِينِ . وَلَوْ قَالَ لِأَحَدِهِمَا : أَشْرِكْنِي فِي نِصْفِ هَذَا الْعَبْدِ فَأَشْرَكَهُ ، فَإِنْ
قُلْنَا : يَقِفْ عَلَى الْإِجَازَةِ مِنْ صَاحِبِهِ ، فَأَجَاذَهُ ، فَلَهُ / نِصْفُ الْعَبْدِ ، وَلَهُمَا
نِصْفُهُ ، وَإِلَّا فَلَهُ نِصْفُ حِصَّةِ الَّذِي شَرَكَهُ . وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَلَقِيَهُ رَجُلٌ ، فَقَالَ :
أَشْرِكْنِي فِي هَذَا الْعَبْدِ . فَقَالَ : قَدْ شَرَكْتُكَ^(١٢) . فَلَهُ نِصْفُهُ . فَإِنْ لَقِيَهِ آخَرُ
فَقَالَ : أَشْرِكْنِي فِي هَذَا الْعَبْدِ . وَكَانَ عَالِمًا بِشَرِكَةِ الْأَوَّلِ ، فَلَهُ رُبْعُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ
نِصْفُ حِصَّةِ الَّذِي شَرَكَهُ ؛ لِأَنَّ طَلَبَهُ لِلْإِشْرَاقِ رَجَعَ إِلَى مَا مَلَكَهُ الْمُشَارِكُ . وَهُوَ
^(١٢) النَّصْفُ ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِشَرِكَةِ الْأَوَّلِ ، فَهُوَ طَالِبٌ لِنِصْفِ
الْعَبْدِ ؛ لِإِعْتِقَادِهِ^(١٢) أَنَّ الْعَبْدَ كُلَّهُ لِهَذَا الَّذِي طَلَبَ مِنْهُ الْمُشَارَكَةَ . فَإِذَا قَالَ لَهُ :
شَرَكْتُكَ فِيهِ . اخْتَمَلَ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَصِيرَ لَهُ نِصْفُ الْعَبْدِ كُلِّهِ ،

و ٢١٤/٤

(٩) فِي م : « إِشْرَاكَ » .

(١٠ - ١٠) سَقَطَ مِنْ : « الْأَصْل » .

(١١) فِي م : « أَشْرَكَكَ » .

(١٢ - ١٢) سَقَطَ مِنْ : « الْأَصْل » .

ولا يَبْقَى للذی شَرَكُهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ طَلَبَ مِنْهُ نِصْفَ الْعَبْدِ ، فَأَجَابَهُ إِلَى ذَلِكَ . فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ لَهُ ^(١٣) : بِعْنِي نِصْفَ ^(١٤) هَذَا الْعَبْدِ ، فَقَالَ : بِعْتُكَ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي .

الثَّانِي ، أَنَّ يَنْصَرِفَ قَوْلُهُ : شَرَكْتُكَ فِيهِ . إِلَى نِصْفِ نَصِيبِهِ ، وَنِصْفِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، فَيَنْفَذَ فِي نِصْفِ نَصِيبِهِ ، وَيَقِفَ فِي الزَّائِدِ عَلَى إِجَازَةِ صَاحِبِهِ عَلَى إِحْدَى ^(١٥) الرُّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الشَّرِكَةِ يَقْتَضِي بَيْعَ بَعْضِ نَصِيبِهِ ، وَمُسَاوَاةَ الْمُشْتَرِي لَهُ . فَلَوْ بَاعَ جَمِيعَ نَصِيبِهِ ، لَمْ يَكُنْ شَرِكَةً ، وَلَا يُحَقِّقُ ^(١٦) فِيهِ مَا طَلَبَ مِنْهُ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّ لَا يَكُونُ لِلثَّانِي إِلَّا الرُّبْعُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ إِنَّمَا تُثْبِتُ بِقَوْلِ الْبَائِعِ : شَرَكْتُكَ . لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْإِجَابُ النَّاقِلُ لِلْمِلْكِ ، وَهُوَ عَالِمٌ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلَّا نِصْفُ الْعَبْدِ ، فَيَنْصَرِفُ إِجَابُهُ إِلَى نِصْفِ مِلْكِهِ . وَعَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، لِيُطَالِبَ الشَّرِكَةَ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا طَلَبَ النِّصْفَ ، فَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ جَمِيعُهُ ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ بِوُقُوفِهِ عَلَى الْإِجَازَةِ . فِي الْوَجْهِ الثَّانِي ، فَيُجِيزُهُ الْآخَرُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ الشَّرِكَةُ أَصْلًا ؛ لِأَنَّهُ طَلَبَ شِرَاءَ النِّصْفِ ، فَأُجِيبَ فِي الرُّبْعِ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ قَالَ : بِعْنِي نِصْفَ هَذَا الْعَبْدِ ، قَالَ : بِعْتُكَ رُبْعَهُ .

فصل : وَلَوْ اشْتَرَى قَفِيزًا مِنَ الطَّعَامِ ، فَقَبَضَ نِصْفَهُ ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ : بِعْنِي نِصْفَ هَذَا الْقَفِيزِ . فَبَاعَهُ ، انْصَرَفَ إِلَى النِّصْفِ الْمَقْبُوضِ كُلِّهِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ وَهُوَ النِّصْفُ الْمَقْبُوضُ . وَإِنْ / قَالَ : أَشْرَكْنِي فِي هَذَا الْقَفِيزِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ ، فَفَعَلَ ، لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ ، إِلَّا فِيمَا قَبَضَ مِنْهُ ، فَيَكُونُ النِّصْفُ الْمَقْبُوضُ بَيْنَهُمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رُبْعُهُ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ . هَكَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَالصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، أَنَّهُ تَنْصَرِفُ الشَّرِكَةُ

(١٣) سقط من : م .

(١٤) سقط من : « الأصل » .

(١٥) في الأصل : « أحد » .

(١٦) في م : « يستحق » .

إلى النَّصْفِ كُلِّهِ ، فيكونُ بائعاً^(١٧) لما يَصِحُّ بَيْعُهُ وما لا يَصِحُّ ، فيكونُ ذلك من صُورِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ، فلا يَصِحُّ في الرُّبْعِ الذي ليس بمَقْبُوضٍ . وهل يَصِحُّ في المَقْبُوضِ ؟ على وَجْهَيْنِ .

فصل : فأما الحَوَالَةُ ، فَمَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ عَلَى مُشْتَرِي الطَّعَامِ طَعَامٌ^(١٨) مِنْ سَلَمٍ^(١٩) أَوْ مِنْ قَرْضٍ مِثْلَ الَّذِي اشْتَرَاهُ ، فيقولُ لِغَرِيمِهِ : اذْهَبْ فَأَقْبِضِ الطَّعَامَ الَّذِي اشْتَرَيْتَهُ لِنَفْسِكَ . فلا يَجُوزُ ذلك ؛ لَأَنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَهُ قَبْلَ قَبْضِهِ لَهُ . وقد ذَكَرْنَا تَفْرِيعَ هَذَا فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَ هَذِهِ^(٢٠) الْمَسْأَلَةِ .

فصل : إذا كان لِرَجُلٍ فِي ذِمَّةٍ آخَرِ طَعَامٌ مِنْ قَرْضٍ ، لم يَجُزْ أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ غَيْرِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ؛ لَأَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ . وَيَجُوزُ بَيْعُهُ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ ، فِي الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ ؛ لِحَدِيثِ ابْنِ عَمَرَ : كُنَّا نَبِيعُ الْأَبْعَرَةَ بِالْبَقِيعِ بِالْدَّرَاهِمِ ، فَتَأْخُذُ مَكَانَهَا الدَّنَانِيرُ^(٢١) . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى ، أَنَّهُ لا يَصِحُّ ، كَمَا لا يَصِحُّ فِي السَّلَمِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . فَإِنْ اشْتَرَاهُ مِنْهُ بِمَوْصُوفٍ فِي الذَّمَّةِ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ ، جَازَ ، وَلَا يَتَفَرَّقُ^(٢٢) قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لَأَنَّهُ يَكُونُ بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . فَإِنْ أَعْطَاهُ مُعَيَّنًا مِمَّا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّقَابُضُ ، مِثْلَ أَنْ أَعْطَاهُ بَدَلَ الْحِنْطَةِ شَعِيرًا ، جَازَ . وَلَمْ يَجُزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَإِنْ أَعْطَاهُ مُعَيَّنًا ، لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّقَابُضُ ، جَازَ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ هَذَا الشَّعِيرَ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فِي ذِمَّتِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ فِي الذَّمَّةِ ، فَلَمْ يَجُزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، كَالسَّلَمِ .

فصل : وإذا قال رَجُلٌ لِغَرِيمِهِ : بِعْنِي هَذَا عَلَى أَنْ أَقْضِيكَ دَيْنَكَ مِنْهُ . فَفَعَلَ ،

(١٧) فِي م : « تَابَعًا » .

(١٨ - ١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٠) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٠٧ .

(٢١) فِي م : « يَتَفَرَّقُ » . وَمَا فِي الْأَصْلِ عَلَى أَنْ « لَا » نَاهِيَةً .

فالشَّرْطُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ أَنْ لَا يَتَصَرَّفَ فِيهِ بِغَيْرِ الْقَضَاءِ ، وَهَلْ يَطْلُ الْبَيْعُ ؟ يَنْبَنِي عَلَى الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ ، هَلْ تُبْطَلُهُ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ^(٢٢) ، وَإِنْ قَالَ : أَقْضِنِي حَقِّي عَلَى أَنْ أُبِيعَكَ / كَذَا وَكَذَا . فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَالْقَضَاءُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ أَقْبَضَهُ^(٢٣) حَقَّهُ . وَإِنْ قَالَ : أَقْضِنِي أَجُودَ مِنْ مَالِي ، عَلَى أَنْ أُبِيعَكَ كَذَا وَكَذَا . فَالْقَضَاءُ وَالشَّرْطُ بَاطِلَانِ ، وَعَلَيْهِ رَدُّ مَا قَبَضَهُ وَالْمُطَالَبَةُ بِمَالِهِ .

٧٣٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْإِقَالَةُ ؛ لِأَنَّهَا فَسَخٌ . وَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، الْإِقَالَةُ بَيْعٌ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي الْإِقَالَةِ . فَعَنَى أَنَّهَا فَسَخٌ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ، وَاخْتِيَارُ أُمِّي بَكْرِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَالثَّانِيَةِ ، أَنَّهَا بَيْعٌ . وَهِيَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ عَادَ إِلَى الْبَائِعِ عَلَى الْجِهَةِ الَّتِي خَرَجَ عَلَيْهِ مِنْهُ ، فَلَمَّا كَانَ الْأَوَّلُ بَيْعًا ، كَذَلِكَ الثَّانِي ، وَلِأَنَّهُ نَقَلَ الْمِلْكَ بِعَوَضٍ ، عَلَى وَجْهِ التَّرَاضِي ، فَكَانَ بَيْعًا ، كَالأَوَّلِ . وَحُكِيَ عَنْ أُمِّي حَنِيفَةً ، أَنَّهَا^(١) « فَسَخٌ فِي » حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ . وَيَبْعُ فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا .^(٢) فَلَا تُثْبِتُ أَحْكَامُ الْبَيْعِ فِي حَقِّهِمَا ، بَلْ تَجُوزُ فِي السَّلَمِ ، وَفِي الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَيُثْبِتُ حُكْمُ الْبَيْعِ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ ، حَتَّى يَجُوزَ لَهُ اخْتِذَ الشَّقْصِ الَّذِي تَقَايَلَا فِيهِ بِالشُّفْعَةِ^(٣) . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِقَالَةَ هِيَ الدَّفْعُ وَالْإِزَالَةُ . يُقَالُ : أَقَالَكَ اللَّهُ عَثْرَتَكَ . أَيْ أزالَهَا . قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ أَقَالَ نَادِمًا يَبْعَتُهُ ، أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ »^(٤) . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَفِي إِجْمَاعِهِمْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، مَعَ إِجْمَاعِهِمْ

(٢٢) فِي م : « الرَوَايَتَيْنِ » .

(٢٣) فِي م : « قَبَضَهُ » .

(١ - ١) فِي م : « فِي فَسَخٍ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي فَضْلِ الْإِقَالَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٤٦/٢ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْإِقَالَةِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٧٤١/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٥٢/٢ .

على أن له أن يُقِيلَ المُسْلِمَ جَمِيعَ المُسْلِمِ فيه ، دَلِيلٌ على أن الإقالة لَيْسَتْ بَيْعًا ، ولأنها تجوزُ في المُسْلِمِ فيه قَبْلَ قَبْضِهِ ، فلم تُكُنْ بَيْعًا كالإسقاط ، ولأنها تَتَقَدَّرُ بالثمن الأول . ولو كانت بَيْعًا لم تَتَقَدَّرُ^(٤) به ، ولأنه عادَ إليه المبيعُ بلفظ لا يَنْعَقِدُ به البَيْعُ ، فكان فسخًا ، كالرَّدُّ بالعيب . ويدُلُّ على أَى حنيفة بأن ما كان فسخًا في حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، كان فسخًا في حَقِّ غَيْرِهِمَا ، كالرَّدُّ بالبَيْعِ والفسخ بالخيار ، ولأن حَقِيقَةَ الفسخ لا تَخْتَلِفُ بالنسبة إلى شَخْصٍ دون شَخْصٍ ، والأصلُ اعتبارُ الحقائق .

فصل : فإن قلنا : هي فسخ . جازت قبل القبض وبعده . وقال أبو بكر : لا بدَّ فيها من كَيْلٍ ثانٍ ، ويقومُ الفسخُ مقامَ البَيْعِ في إيجابِ كَيْلٍ ثانٍ ، كقيامِ فسخِ النكاحِ مقامَ الطلاقِ في العدة . ولنا ، أنه فسخٌ للبَيْعِ ، فجازَ قبلَ القبضِ ، كالرَّدُّ بالعيبِ ، والتدليسِ ، والفسخُ بالخيارِ ، / أو اختلافُ المتبايعين . وفارقَ العدة ، فإنها اعتبرتْ للاستبراء ، والحاجةُ داعيةٌ إليه في كلِّ فرقةٍ بعد الدُّخُولِ ، بخلافِ مَسْأَلَتِنَا . فإن قلنا : هي بَيْعٌ . لم يَجُزْ قبلَ القبضِ ،^(٥) فيما يُعْتَبَرُ فيه القبضُ ؛ لأنَّ بَيْعَهُ مِنْ بَائِعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ لا يجوزُ ، كما لا يجوزُ من غيره . ولا تُسْتَحَقُّ بها الشُّفْعَةُ إِنْ كانت فسخًا ؛ لأنها رَفَعُ للعقدِ ، وإزالةٌ له ، وليست بمُعَاوَضَةٍ ، فَأَشْبَهَتْ سَائِرَ الْفُسُوحِ . ومن حَلَفَ لا يَبِيعُ ، فأقالَ ، لم يَحْنَثْ . ولو كانت بَيْعًا ، اسْتَحِقَّتْ بها الشُّفْعَةُ ، وَحَنَثَ الحَالِفُ على تَرْكِ البَيْعِ بِفِعْلِهَا ، كسائرِ أنواعِ البَيْعِ . ولا تجوزُ إِلَّا بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، سواءً قلنا : هي فسخٌ أو بَيْعٌ ؛ لأنها حُصِّصَتْ بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، كالتَّوَلَّى . وفيه وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّها تجوزُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ . وأقلُّ منه إذا قلنا : إِنَّها بَيْعٌ كسائرِ الْبِيعَاتِ . فإن قلنا : لا تجوزُ إِلَّا بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، فأقالَ بِأَقْلٍ مِنْهُ أو أَكْثَرَ ، لم تُصِحَّ الإقالةُ ، وكان المِلْكُ باقِيًا لِلْمُشْتَرِي . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنْ

(٤) في الأصل : «تقدر» .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

أى حنيفة ، أنها تصح بالثمن الأول ، ويَبْطُل الشرط ؛ لأن لَفْظَ الإقالة اقْتَضَى ^(٦) مثل الثمن ، والشرط يُنافيه ، فَبَطُلَ ، وبَقِيَ الفسخُ على مُقتضاه ، كسائر الفسوخ . ولنا ، أنه شرطُ التفاضل فيما يُعْتَبَرُ فيه التماثل ، فَبَطُلَ ^(٧) ، كبيع درهم بدرهمين . ولأنَّ القصد بالإقالة ردُّ كلِّ حقٍّ إلى صاحبه ، فإذا شرط زيادة أو نقصاناً ، أخرج العقد عن مقصوده ، فَبَطُلَ ، كما لو باعه بشرط أن لا يُسَلَّم إليه ^(٨) . ويفارق سائر الفسخ ؛ لأنه لا يُعْتَبَرُ فيه الرضا منهما ، بل يَسْتَقِلُّ به أحدهما ، فإذا شرط عليه شيء ، لم يلزمه ؛ لِتَمَكُّنِهِ من الفسخ بدونه . وإن شرط لنفسه شيئاً ، لم يلزمه أيضاً ؛ لأنه لا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ من الفسخ . وفي مسائلنا لا تجوزُ الإقالة إلا برضاها ، وإنما رَضِيَ بها أحدهما مع الزيادة أو النقص ، فإذا أَبْطَلْنَا شرطه فات رضاه ، فَبَطُلَ الإقالة ؛ لِعَدَمِ رضاه بها .

٧٣٦ - مسألة : قال : (وَمَنِ اشْتَرَى صَبْرَةَ طَعَامٍ ، لَمْ يَبِعْهَا حَتَّى يَنْقُلَهَا)

/ هذه المسألة تُدَلُّ على حُكْمَيْنِ ؛ أحدهما ، إباحة بيع الصبرة جزأفاً مع جهل البائع والمشتري بقدرها ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . ولا نعلم فيه خلافاً . وقد نص عليه أحمد . ودل عليه قول ابن عمر : كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جُزْأفاً ، فَهَئِذَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى نُنْقِلَهُ مِنْ مَكَانِهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) ، ولأنه معلوم بالرؤية ، فصَحَّ بَيْعُهُ ، كالثياب والحيوان . ولا يَضُرُّ عَدَمُ مُشَاهَدَةِ بَاطِنِ الصَّبْرِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ يَشُقُّ ؛ لَكُونَ الْحَبِّ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا يُمْكِنُ بَسْطُهَا حَبَّةً حَبَّةً ، وَلَأنَّ الْحَبَّ تَتَسَاوَى أَجْزَاؤُهُ فِي الظَّاهِرِ ، فَانْكَفَى بِرُؤْيَا ظَاهِرِهِ ، بِخِلَافِ الثَّوبِ ، فَإِنَّ نَشْرَهُ لَا يَشُقُّ ، وَلَمْ تَخْتَلِفْ أَجْزَاؤُهُ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ قَدْرِهَا مَعَ الْمُشَاهَدَةِ ؛

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في الأصل : « فيبطل » .

(٨) سقط من : م .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٣ .

لأنه عَلِمَ ما اشْتَرَى بِأَبْلَغِ الطَّرِيقِ ، وهو الرُّوْيَةُ . وكذلك لو قال : بِعْتُكَ نِصْفَ هذه الصُّبْرَةِ ، أو ثُلُثُهَا ، أو جُزْءًا منها مَعْلُومًا . جاز ؛ لأنَّ ما جازَ يَبِيعُ جُمْلَتَهُ ، جازَ يَبِيعُ بَعْضَهُ ، كَالْحَيَوَانِ . ولأنَّ جُمْلَتَهَا مَعْلُومَةٌ بِالمُشَاهَدَةِ ، فكذلك جُزْؤُهَا . قال ابنُ عَقِيلٍ : ولا يَصِحُّ هَذَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ الصُّبْرَةُ مُتساوِيَةً الأجزاء ، فإنْ كانت مُخْتَلِفَةً ، مثلُ صُبْرَةٍ بَقَالِ القَرِيَّةِ ، لم يَصِحَّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ؛ لأنه يَشْتَرَى منها جُزْءًا مُشَاعًا ، فَيَسْتَحِقُّ مِنْ جَيِّدِهَا وَرَدِّيَّهَا بِقِسْطِهِ . ولا فَرْقَ بَيْنِ الأَثْمَانِ والمُثْمَنَاتِ فِي صِحَّةِ بَيْعِهَا جُزْأً . وقال مالِكٌ : لا يَجُوزُ فِي الأَثْمَانِ ؛ لأنَّ لها خَطَرًا ولا يَشْتَقُّ وَزْنُهَا ولا عَدْدُهَا ، فَاشْبَهَ الرَّقِيقَ والثَّيَابَ . ولنا ، أَنَّهُ مَعْلُومٌ بِالمُشَاهَدَةِ ، فَاشْبَهَ المُثْمَنَاتِ وَالتُّقْرَةَ^(٢) وَالحَلَى . وَيَطْلُبُ بِذلك^(٣) ما قاله . أمَّا الرَّقِيقُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُمْ إِذَا شَاهَدَهُمْ وَلَمْ يَعُدَّهُمْ ، وكذلك الثَّيَابُ إِذَا نَشَرَهَا وَرَأَى جَمِيعَ أَجْزَائِهَا . الْحُكْمُ الثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى الصُّبْرَةَ جُزْأً ، لم يَجُزْ لَهُ بَيْعُهَا حَتَّى يَنْقُلَهَا . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الأَثَرِ ، وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لَهُ بَيْعُهَا قَبْلَ نَقْلِهَا . اخْتَارَهَا الْقَاضِي . وهو مَذْهَبُ مالِكٍ ؛ / لِأَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيَّنٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى حَقِّ تَوْفِيَةٍ ، فَاشْبَهَ التَّوْبَ الْحَاضِرَ . ولنا ، قَوْلُ ابنِ عُمرَ : إِنْ كُنَّا لَنَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جُزْأً ، فَهَئَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ^(٤) . وَعُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنِ ابْتِاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ »^(٥) مَعَ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَرَوَى الأَثَرُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُبَيْدِ بْنِ حُنَيْنٍ ، قَالَ : قَدِمَ زَيْتٌ مِنَ الشَّامِ ، فَاشْتَرَيْتُ مِنْهُ أُبْعْرَةً ، وَفَرَعْتُ مِنْ شِرَائِهَا ، فَقَامَ إِلَى رَجُلٍ فَأَرْبَحَنِي فِيهَا رِبْحًا ، فَبَسَطْتُ يَدِي لِأَبَايَعِهِ ، فَإِذَا رَجُلٌ يَأْخُذُنِي^(٦) مِنْ خَلْفِي ، فَتَنَظَّرْتُ فَإِذَا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، فَقَالَ : لَا تَبِيعْهُ حَتَّى تَنْقُلَهُ إِلَى

(٢) النقرة من الذهب والفضة : القطعة المذابة .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٣ .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٣ .

(٦) في الأصل : « يمدني » .

رَحْلِكَ ، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَنَا بِذَلِكَ ^(٧) . فَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا فَإِنَّ قَبْضَهَا نَقْلُهَا .
 كَمَا جَاءَ فِي ^(٨) الْحَبَرِ ، وَلَأَنَّ الْقَبْضَ لَوْ لَمْ يُعَيَّنْ فِي الشَّرْعِ لَوَجِبَ رَدُّهُ إِلَى الْعُرْفِ ،
 كَمَا قُلْنَا فِي الْإِحْيَاءِ وَالْإِخْرَارِ ، وَالْعَادَةُ فِي قَبْضِ الصُّبْرَةِ ^(٩) النَّقْلُ .

فصل : وَلَا يَحِلُّ لِبَائِعِ الصُّبْرَةِ أَنْ يَغُشَّهَا ؛ بَأَنْ يَجْعَلَهَا عَلَى دِكَّةٍ ، أَوْ رَبْوَةٍ ،
 أَوْ حَجَرٍ يَنْقُصُهَا ، أَوْ يَجْعَلَ الرَّدْيَ فِي بَاطِنِهَا أَوْ الْمَبْلُولَ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ؛ لَمَا رَوَى
 أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَرَّ عَلَى صُبْرَةٍ مِنْ طَعَامٍ ، فَأَدْخَلَ يَدَهُ ^(١٠) ، فَقَالَتْ
 أَصَابِعُهُ بَلَلًا . فَقَالَ : « يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ ، مَا هَذَا » ؟ قَالَ : أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ
 يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ : « أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ حَتَّى يَرَاهُ النَّاسُ » ؟ ثُمَّ قَالَ : « مَنْ
 غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » ^(١١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . فَإِذَا وَجَدَ
 ذَلِكَ ، وَلَمْ يَكُنِ الْمُشْتَرِي عَْلِمَ بِهِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ ، وَأَخْذِ تَفَاوُتٍ مَا بَيْنَهُمَا ؛
 لِأَنَّهُ عَيْبٌ . وَإِنْ بَانَ تَحْتَهَا حُفْرَةٌ . أَوْ بَانَ بَاطِنُهَا خَيْرًا مِنْ ظَاهِرِهَا ، فَلَا خِيَارَ
 لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ لَهُ . وَإِنْ عَْلِمَ الْبَائِعُ ذَلِكَ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ
 بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَْلِمَ ، فَلَهُ الْفَسْخُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ بَعْشَرِينَ دِرْهَمًا ، فَوَزَنَهَا بِصَنْجَةٍ ،
 ثُمَّ وَجَدَ الصَّنْجَةَ زَائِدَةً ، كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ . وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَ بِمِكْيَالٍ ، ثُمَّ وَجَدَهُ / ٢١٧/٤ و
 زَائِدًا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بَاعَ مَا يَعْلَمُ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ الْفَسْخُ
 بِالْإِحْتِمَالِ .

٧٣٧ - مسألة ؛ قَالَ : (وَمَنْ عَرَفَ مَبْلَغَ شَيْءٍ ، لَمْ يَبِعْهُ صُبْرَةً)

نَصُّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، فِي مَوَاضِعَ . وَكَرِهَهُ عَطَاءٌ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَمُجَاهِدٌ ،

(٧) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفَى ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٥٢/٢ ،
 ٢٥٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٩١/٥ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « الصَّبْر » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « أَصْبَعَهُ » .

(١١) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ١١١ .

وَعِكْرَمَةٌ . وبه قال مالك ، وإسحاق . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ طَاوُسٍ . قَالَ مَالِكٌ : لَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْ ذَلِكَ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ هَذَا مَكْرُوهٌ غَيْرُ مُحَرَّمٍ ، فَإِنَّ بَكْرَ بْنَ مُحَمَّدٍ رَوَى عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنِ الرَّجُلِ يَبِيعُ الطَّعَامَ جُزْأً ، وَقَدْ عَرَفَ كَيْلَهُ ، وَقُلْتُ لَهُ : إِنْ مَالِكًا يَقُولُ : إِذَا بَاعَ الطَّعَامَ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي ، فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَرُدَّ رَدَّهُ . قَالَ : هَذَا تَغْلِيظٌ شَدِيدٌ ، وَلَكِنْ لَا يُعْجِبُنِي إِذَا عَرَفَ كَيْلَهُ ، إِلَّا أَنْ يُخْبِرَهُ ، فَإِنْ بَاعَهُ ، فَهُوَ جَائِزٌ عَلَيْهِ ، وَقَدْ أَسَاءَ . وَلَمْ يَرِ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، بِذَلِكَ بَأْسًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ الْبَيْعُ مَعَ جَهْلِهِمَا بِمِقْدَارِهِ ، فَمَعَ الْعِلْمُ مِنْ أَحَدِهِمَا أَوَّلَى . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، مَا رَوَى الْأَوْزَاعِيُّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ عَرَفَ مَبْلَغَ شَيْءٍ فَلَا يَبِيعُهُ جُزْأً حَتَّى يُبَيِّنَهُ » ^(١) . قَالَ الْقَاضِي : وَقَدْ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ مُجَازَفَةً ، وَهُوَ يَعْلَمُ كَيْلَهُ ^(٢) . وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ ، وَأَيْضًا الْإِجْمَاعُ الَّذِي ثَقَلَهُ مَالِكٌ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْبَائِعَ لَا يَعْدِلُ إِلَى الْبَيْعِ جُزْأً مَعَ عِلْمِهِ بِقَدْرِ الْكَيْلِ ، إِلَّا لِلتَّغْرِيرِ بِالْمُشْتَرِي وَالْغِشِّ لَهُ ، وَلِذَلِكَ أَثَرٌ فِي عَدَمِ لُزُومِ الْعَقْدِ ، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » . فَصَارَ كَمَا لَوْ دَلَّسَ الْعَيْبَ . فَإِنْ بَاعَ مَا عَلِمَ كَيْلَهُ صُبْرَةً ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ ، أَنَّ الْبَيْعَ صَحِيحٌ لَا زِمَ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَعْلُومٌ لهُمَا ، وَلَا تَغْرِيرَ مِنْ أَحَدِهِمَا ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ عَلِمَا كَيْلَهُ أَوْ جَهَلَاهُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ مَا رُوِيَ مِنَ النَّهْيِ فِيهِ ، وَإِنَّمَا كَرِهَهُ أَحْمَدُ كَرَاهَةً تَنْزِيهٍ ؛ لِاخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِيهِ . وَلِأَنَّ اسْتِوَاءَهُمَا فِي الْعِلْمِ وَالْجَهْلِ أَبْعَدُ مِنَ التَّغْرِيرِ . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ : هَذَا بِمَنْزِلَةِ التَّدْلِيلِ وَالْغِشِّ ، إِنْ عَلِمَ بِهِ الْمُشْتَرِي ، / فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى مُصْرَافًا ، يَعْلَمُ تَصْرِيفَتَهَا . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْبَائِعَ كَانَ عَالِمًا بِذَلِكَ ، فَلَهُ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ ، وَالْإِمْضَاءِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ غَشَّ ، وَغَرَّرَ ^(٣) مِنَ الْبَائِعِ ، فَصَحَّ

(١) أخرجهما عبد الرزاق ، في : باب المجازفة ، من كتاب البيوع . المصنف ١٣١/٨ .

(٢) في الأصل : « وغرور » .

العقد معه ، ويثبت للمشتري الخيار . وذهب قوم من أصحابنا إلى أن البيع فاسد ؛ لأنه منهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد .

فصل : وإن أخبره البائع بكيّله ، ثم باعه بذلك الكيل ، فالبيع صحيح . فإن قبضه باكتياله ، ثم البيع والقبض ، وإن قبضه بغير كيل ، كان بمنزلة قبضه جزافا . فإن كان المبيع باقيا ، كاله عليه ، فإن كان قدر حقه الذي أخبره به ، فقد استوفاه ، وإن كان زائدا رد الفضل ، وإن كان ناقصا أخذ النقص ، وإن كان قد تلف ، فالقول قول القابض في قدره مع يمينه ، سواء كان النقص قليلا أو كثيرا ؛ لأن الأصل عدم القبض ، وبقاء الحق ، وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيّله ؛ لأن للبائع فيه علقه ، فإنه لو زاد كانت الزيادة له ، ولا يتصرف في أقل من حقه ، بغير كيل ؛ لأن ذلك يمنعه من معرفة كيّله . وإن تصرف فيما يتحقق أنه مستحق له ، مثل أن يكون حقه قفيزا ، فتصرف في ذلك ، أو في أقل منه ، بالكيل ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنه تصرف في حقه بعد قبضه ، فجاز ، كما لو كيل له . والثاني ، لا يجوز ؛ لأنه لا يجوز له التصرف^(٣) في الجميع ، فلم يجر له التصرف^(٣) في البعض ، كما قبل القبض . وإن قبضه بالوزن ، فهو كما لو قبضه جزافا . فأما إن أعلمه بكيّله ، ثم باعه إياه مجازفة ، على أنه له بذلك الثمن ، سواء كان زائدا أو ناقصا ، لم يجر ؛ لما روى الأثر بإسناده ، عن الحكم ، قال : قدم طعام لعثمان على عهد رسول الله ﷺ ، فقال : « اذهبوا بنا إلى عثمان ، نعينه على طعامه » . فقام إلى جنبه ، فقال عثمان : في هذه الغرارة^(٤) كذا وكذا ، وأبتعتها^(٥) بكذا وكذا . فقال رسول الله ﷺ : « إذا سميت الكيل فكيل »^(٦) . قال أحمد : إذا أخبره البائع أن

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) الغرارة : وعاء من الخيش ونحوه يوضع فيه القمح ونحوه ، جمعها غرائر .

(٥) في الأصل : « وابتعها » .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٧ .

٢١٨/٤ و في كل / قارورة منّا ، فأخذَ بذلك ، ولا يكتأله ، فلا يُعجِنِي ؛ لقوله لِعُثْمَانَ :
« إِذَا سَمِيتَ الْكَيْلَ فَكَيْلٌ » قيل له : إِنَّهُمْ يَقُولُونَ : إِذَا فُتِحَ فَسَدَ . قال : فلم لا
تَفْتَحُونَّ وَاحِدًا وَتَزِنُونَ الْبَاقِي ؟

فصل : ولو كَال طَعَامًا ، وَآخَرُ يَنْظُرُ إِلَيْهِ ، فَهَلْ لِمَنْ شَاهَدَ الْكَيْلَ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ
كَيْلٍ ثَانٍ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، نَصَّ عَلَيْهِمَا . إِحْدَاهُمَا ، لَا يَحْتَاجُ إِلَى كَيْلٍ ؛ لِأَنَّهُ شَاهَدَ
كَيْلَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَيْلَ لَهُ . وَالثَّانِيَّةُ ، يَحْتَاجُ إِلَى كَيْلٍ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ ، فَاحْتَاجُ إِلَى كَيْلٍ ؛
لِلأَخْبَارِ ، وَالْقِيَاسِ عَلَى الْبَيْعِ الْأَوَّلِ . وَلَوْ كَالَهُ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ مِنْهُ ،
فكَذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَلَوْ اشْتَرَى اثْنَانِ طَعَامًا ، فَاشْتَالَاهُ ، ثُمَّ ابْتَاعَ
أَحَدُهُمَا حِصَّةَ شَرِيكِهِ قَبْلَ تَفَرُّقِهِمَا ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ : إِذَا اشْتَرَيْتَ غَلَّةً
أَوْ نَحْوَهَا ، وَحَضَرَاهَا جَمِيعًا ، وَعَرَفَا كَيْلَهَا ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِشَرِيكِهِ : بِعْنِي
نَصِيبَكَ ، وَأَرْبُحَكَ ، فَهُوَ جَائِزٌ . وَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ هَذَا الْمُشْتَرِي الْكَيْلَ ، فَلَا يَجُوزُ
إِلَّا بِكَيْلٍ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لَا بُدَّ مِنْ كَيْلِهِ . وَوَجْهُهَا مَا
تَقَدَّمَ . قَالَ الْقَاضِي : وَمَعْنَى الْكَيْلِ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ ، أَنَّهُ يُرْجَعُ فِي قَدْرِهِ إِلَى قَوْلِ
الْقَابِضِ ، إِذَا كَانَ النِّقْصُ يَسِيرًا يَقَعُ مِثْلُهُ فِي الْكَيْلِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَإِنْ
كَانَ لَا يَقَعُ مِثْلُهُ فِي الْكَيْلِ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّا نَتَحَقَّقُ كَذِبَهُ ، بِخِلَافِ مَسَائِلِ الْفَصْلِ
الَّذِي قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكِلْ بِحَضْرَتِهِ . ^(٧) وَالظَّاهِرُ ، أَنَّهُ أَرَادَ بِالْكَيْلِ حَقِيقَتَهُ دُونَ
مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَفَائِدَةُ اعْتِبَارِ الْكَيْلِ ، مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي
التَّصَرُّفُ فِيهِ ، إِلَّا مَا ذَكَرْنَا فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَهُ ^(٧) . وَإِنْ بَاعَهُ لِلثَّانِي فِي هَذِهِ
الْمَوَاضِعِ عَلَى أَنَّهُ صَبْرَةٌ ، جَازَ ، وَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى كَيْلٍ ثَانٍ ، وَالْقَبْضُ فِيهِ بِتَقْلِهِ ، كَسَائِرِ
الصُّبْرِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ يَشْتَرِي الْجَوَزَ ، فَيَعُدُّ فِي مِكَتِلِ أَلْفِ جَوَزَةٍ ، ثُمَّ

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

يَأْخُذُ الْجَوْزَ كُلَّهُ عَلَى ذَلِكَ الْمِغْيَارِ ، قَالَ : لَا يَجُوزُ . وَقَالَ فِي رَجُلٍ ابْتِاعَ أَغْكَامًا كَيْلًا ، وَقَالَ لِلْبَائِعِ : كَيْلٌ لِي ^(٨) عِكْمًا مِنْهَا ^(٩) وَاحِدًا وَآخِذُ ^(١٠) مَا بَقِيَ عَلَى هَذَا الْكَيْلِ . أَكْرَهُ هَذَا ، حَتَّى يَكِيلَهَا كُلَّهَا . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : كَانَ أَصْحَابُنَا يَكْرَهُونَ هَذَا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مَا فِي الْعُكُومِ يَخْتَلِفُ ، فَيَكُونُ فِي بَعْضِهَا أَكْثَرُ مِنْ بَعْضٍ ، فَلَا يُعْلَمُ مَا فِي بَعْضِهَا بِكَيْلٍ / الْبَعْضِ ، وَالْجَوْزُ يَخْتَلِفُ عَدْدُهُ ، فَيَكُونُ فِي أَحَدِ الْبِكْتَلَيْنِ أَكْثَرُ مِنَ الْآخَرِ ، فَلَا يَصِحُّ تَقْدِيرُهُ بِالْكَيْلِ ، كَمَا لَا يَصِحُّ تَقْدِيرُ الْمَكِيلِ بِالْوِزْنِ ، وَلَا الْمَوْزُونِ بِالْكَيْلِ .

٢١٨/٤ ظ

٧٣٨ - مسألة ؛ قَالَ : (وَإِذَا اشْتَرَى صَبْرَةً عَلَى أَنْ كُلَّ مَكِيلٍ ^(١) مِنْهَا بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ جَازٍ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ : بَعْتُكَ هَذِهِ الصَّبْرَةَ كُلَّ قَفِيزٍ مِنْهَا بِدِرْهَمٍ . صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ مِقْدَارَ ذَلِكَ حَالِ الْعَقْدِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ ، وَيُطْلَى فِيمَا سِوَاهُ ؛ لِأَنَّ جُمْلَةَ الثَّمَنِ مَجْهُولَةٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ كَيْفَ الْمُبْتَاعِ بِرَقْمِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَبِيعَ مَعْلُومٌ بِالمُشَاهَدَةِ ، وَالثَّمَنُ مَعْلُومٌ ؛ لِإِشَارَتِهِ إِلَى مَا يُعْرَفُ مَبْلَغُهُ بِجِهَةٍ لَا تَتَعَلَّقُ بِالمُتَعَاقِدَيْنِ ، وَهُوَ أَنَّ ثُكَالَ الصَّبْرَةِ ، وَيُقَسَّطُ الثَّمَنُ عَلَى قَدَرِ قُفْرَانِهَا ، فَيُعْلَمُ مَبْلَغُهُ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ بَاعَ مَا رَأْسُ مَالِهِ اثْنَانِ وَسَبْعُونَ مُرَابَحَةً ، لِكُلِّ ثَلَاثَةِ عَشَرَ دِرْهَمًا ^(٢) دِرْهَمٌ ، فَإِنَّهُ لَا يُعْلَمُ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يُعْلَمُ بِالحِسَابِ ، كَذَا هَهُنَا . وَلِأَنَّ الْمَبِيعَ مَعْلُومٌ بِالمُشَاهَدَةِ ، وَالثَّمَنُ مَعْلُومٌ قَدَرُ مَا يُقَابَلُ كُلُّ جُزْءٍ مِنَ الْمَبِيعِ ، فَصَحَّ ، كَالْأَصْلِ

(٨ - ٨) فِي م : « عِكْمَانِهَا » .

وَالْعِكْمُ : الْعَدْلُ - بِكسْرِ الْعَيْنِ وَسُكُونِ الدَّالِ - مَا دَامَ فِيهِ الْمُنَاعُ .

(٩) فِي م : « وَاحِدًا وَ » .

(١٠) فِي م : « مَكِيلَةً » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

المذكور . وقد روى عن علي رضي الله عنه ، أنه آجر نفسه كل دلو بتمرّة ، وجاء النبي ﷺ بالتمر^(٣) .

فصل : ولو قال : بعثك من هذه الصبرة قفيزا . أو قال : عشرة أقفزة . وهما يعلمان أنها أكثر من ذلك ، صحح . وحكى عن داود ، أنه لا يصح ؛ لأنه غير مُشاهد ، ولا موصوف . ولنا ، أن المبيع مُقدّر معلوم من جُملة يصح بيعها ، أشبه إذا باع نصفها ، وما ذكره قياس ، وهو لا يحتاج بالقياس ، ثم لا يصح ، فإنه إذا شاهد الجُملة ، فقد شاهد المبيع ؛ لأنه بعضها .

فصل : وإن قال : بعثك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، لم يصح ؛ لأن « من » للتبعض ، و « كل » للعدّد ، فيكون ذلك العدّد منها مجهولا .^(٤) ويحتمل أن يصح البيع ، كما يصح في الإجارة ، كل دلو بتمرّة ، وكل شهر بدرهم^(٥) . وإن قال : بعثك هذه الصبرة الأخرى^(٥) بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزا ، أو أنقصك قفيزا . لم يصح ؛ لأنه لا يدرى أيزيده أم ينقصه . / ولو قال : على أن أزيدك قفيزا . لم يجز ؛ لأن القفيز مجهول . ولو قال : أزيدك قفيزا من هذه الصبرة الأخرى . أو وصفه بصفة يُعلم بها ، صحح ؛ لأن معناه ، بعثك هذه ، وقفيزا من هذه الأخرى بعشرة دراهم . وإن قال : على أن أنقصك قفيزا . لم يصح ؛ لأن معناه ، بعثك هذه الصبرة إلا قفيزا ، كل قفيز بدرهم ، وشيء مجهول . ولو قال : بعثك هذه الصبرة ، كل قفيز بدرهم ، على أن أزيدك قفيزا من هذه الصبرة الأخرى . لم يصح ؛ لإفضائه إلى جهالة الثمن في التفصيل ؛ لأنه يصير قفيزا وشيئا بدرهم ، والشيء لا يعرفانه ؛ لعدم معرفتهما بكمية ما في الصبرة من القفزان .

و ٢١٩/٤

(٣) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجل يسقى كل دلو بتمرّة ويشترط جلدة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٨/٢ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : الأصل .

ولو قَصَدَ أَنِّي أَحْطُ ثَمَنَ قَفِيزٍ مِنَ الصَّبْرِ ، لَا أُحْتَسِبُ بِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِلْجَهَالَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا . وَإِنْ كَانَتِ الصَّبْرَةُ مَعْلُومًا قَدَرُ قَفْزَانِهَا لَهَا ، أَوْ قَالَ : هَذِهِ عَشْرَةُ أَقْفِزَةٍ بِعَثْكَهَا ، كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ ، عَلَى أَنْ أَرِيدَكَ قَفِيزًا مِنْ هَذِهِ الصَّبْرَةِ . أَوْ وَصَفَهُ بِصِفَةٍ يُعْلَمُ بِهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ بِعَثْكَ كُلِّ قَفِيزٍ وَعُشْرُ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . وَإِنْ لَمْ يُعْلَمِ الْقَفِيزُ ، أَوْ جَعَلَهُ هِبَةً ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ أَرَادَ أَنِّي «لَا أُحْتَسِبُ» عَلَيْكَ بِثَمَنِ قَفِيزٍ مِنْهَا ، صَحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُمَا لَمَّا عَلِمَا جُمْلَةَ الصَّبْرِ عَلِمَا مَا يَنْقُصُ مِنَ الثَّمَنِ . وَلَوْ قَالَ : عَلَى أَنْ أَنْقُصَكَ قَفِيزًا . صَحَّ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ ، بِعَثْكَ تِسْعَةَ أَقْفِزَةٍ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ، وَكُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ وَتُسْعُ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّهُ يَصِحُّ فِي جَمِيعِ الْمَسَائِلِ ، عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ يُجِيزُ الشَّرْطَ الْوَاحِدَ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَجْهُولٌ ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، بِخِلَافِ الشَّرْطِ الَّذِي «لَا يُفْضَى إِلَى الْجَهَالَةِ»^(٧) .

فصل : ولو باعَ مَا لَا تَتَسَاوَى أَجْزَاؤُهُ ، كَالْأَرْضِ وَالثَّوْبِ وَالْقَطِيعِ مِنَ الْعَنَمِ ، فَفِيهِ نَحْوٌ مِنْ مَسَائِلِ الصَّبْرِ . وَإِنْ قَالَ : بِعَثْكَ هَذِهِ الْأَرْضَ ، أَوْ هَذِهِ الدَّارَ ، أَوْ هَذَا الثَّوْبَ ، أَوْ هَذَا الْقَطِيعَ ، بِالْفِ . صَحَّ إِذَا كَانَ مُشَاهِدًا . أَوْ قَالَ : بِعَثْكَ نِصْفَهُ ، أَوْ ثُلُثَهُ ، أَوْ رُبْعَهُ ، بِكَذَا . صَحَّ أَيْضًا . فَإِنْ قَالَ : بِعَثْكَهُ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ ، أَوْ كُلُّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ . صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا قَدْرَ ذَلِكَ حَالَ الْعَقْدِ لَمَّا ذَكَرْنَا فِي الصَّبْرِ ، وَإِنْ قَالَ : بِعَثْكَ مِنَ الثَّوْبِ / كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ ، أَوْ مِنَ الْقَطِيعِ كُلُّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ . ٢١٩/٤ ظ لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ . وَإِنْ بَاعَهُ شَاةً مِنَ الْقَطِيعِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ شِئَاءَ الْقَطِيعِ غَيْرُ مُتَسَاوِيَةِ الْقِيمِ ، فَيُفْضَى ذَلِكَ إِلَى التَّنَازُعِ ، بِخِلَافِ الْقَفِيزِ مِنَ الصَّبْرِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ أَجْزَاءَهَا مُتَسَاوِيَةٌ . وَإِنْ بَاعَهُ ذِرَاعًا مِنَ الدَّارِ ، أَوْ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْهَا ،

(٦-٦) في ١ ، م : « أَحْسَب » .

(٧ - ٧) في م : « يُفْضَى إِلَى جَهَالَةٍ » .

يُريدان بذلك قَدْرًا غير مُشاعٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لذلك^(٨) . وإن أرادَا مُشاعًا منها ، وهما يَعْلَمَانِ عَدَدَ ذُرْعَانِهَا ، صَحَّ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الذَّرْعَ عِبَارَةٌ عن بُقْعَةٍ^(٩) بِعَيْنِهَا ، ومَوْضِعُهُ مَجْهُولٌ . ولنا ، أنَّ عَشْرَةَ من مائة عَشْرُهَا ، ولو قال : بِعُتْكَ عَشْرُهَا . صَحَّ . فكذلك إذا قال : بِعُتْكَ عَشْرَةَ من مائة . وما ذَكَرُوهُ^(١٠) لا يَصِحُّ^(١١) ، بل هو عِبَارَةٌ عن قَدِيرٍ ، كما أن المِكْيَالَ عِبَارَةٌ عن قَدِيرٍ ، فإذا أَضَافَهُ إلى جُمْلَةٍ كان ذلك جُزْءًا منها . وإن اتَّفَقَا على أَنَّهُمَا أرادَا قَدْرًا منها غير مُشاعٍ ، لم يَصِحَّ البَيْعُ . وإن كان^(١٢) لا يَعْلَمَانِ ذُرْعَانَ الدَّارِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الجُمْلَةَ غيرَ مَعْلُومَةٍ ، وأَجْزَاءُ الأَرْضِ مُخْتَلِفَةٌ ، فلا يُمَكِّنُ أن تكونَ مُعَيَّنَةً ولا مُشَاعَةً . وإن قال : بِعُتْكَ من الدَّارِ مِن هُنَا إلى هُنَا . جازَ ؛ لأنَّه مَعْلُومٌ . وإن قال : عَشْرَةَ أَذْرُعٍ ، ابْتَدَأُوهَا مِن هُنَا^(١٣) إلى هُنَا^(١٤) ، إلى حيث يَنْتَهِي الذَّرْعُ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الذَّرْعَ يَخْتَلِفُ ، والمَوْضِعُ الذي يَنْتَهِي إليه لا يُعْلَمُ حالَ العَقْدِ . ولو قال : بِعُتْكَ نَصِيبِي من هذه الدَّارِ . ولا يُعْلَمُ قَدْرُ نَصِيبِهِ منها^(١٥) ، أو قال : نَصِيبًا منها أو سَهْمًا^(١٦) . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . وإن عَلِمَا ذلك ، صَحَّ . وإن قال : بِعُتْكَ نِصْفَ دَارِي مِمَّا يَلِي دَارَكَ . لم يَصِحَّ ، نَصٌّ عليه ؛ لأنَّه لا يَدْرِي إلى أين يَنْتَهِي ، فيكونُ مَجْهُولًا .

فصل : ولو باعَهُ عَبْدًا من عَبْدَيْنِ أو أَمَكَّرَ ، لم يَصِحَّ . وبه قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : إذا باعَهُ عَبْدًا من عَبْدَيْنِ أو من ثَلَاثَةِ بَشَرٍ الخِيَارُ له . صَحَّ ؛ لأنَّ

(٨) في م : « كذلك » .

(٩) في الأصل : « منفعة » .

(١٠ - ١٠) في م : « غير سلم » .

(١١) لعل الصواب : « كانا » .

(١٢ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في الأصل : « وسهما » .

الحاجة تدعو إليه ، وإن كانوا أكثر ، لم يصح ؛ لأنه يكثر العرر . ولنا ، أن ما تخلف
أجزاؤه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين ولا مشاعا ، كالأربعة ، وما لا يصح
/ بغير شرط الخيار ، لا يصح بشرطه ، كالأربعة ، ولا حاجة إلى هذا ، فإن الاختيار
يُمكن قبل العقد ، ثم ما قالوه^(١٥) . يطل بالأربعة .

فصل : وحكم الثوب حكم الأرض ، إلا أنه إذا قال : بعثك من هذا الثوب ،
من هذا الموضع إلى هذا الموضع . صح . فإن كان مما لا ينقصه القطع ، قطعه ،
وإن كان مما ينقصه القطع ، وشرط البائع أن يقطعه^(١٦) له ، أو رضى بقطعه^(١٧) هو
والمشتري ، جاز . وإن تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه ، كما يشتر كان في الأرض ،
وقال القاضي : لا يصح . لأنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر ، فأشبه ما لو باعه
نصفًا معينًا من الحيوان . ولنا ، أن التسليم ممكن ، ولحوق الضرر لا يمنع التسليم
إذا رضى البائع ، كما لو باعه نصفًا من الحيوان مشاعا ، وفارق نصف الحيوان
المعين ، فإنه لا يمكنه تسليمه مفردًا ، إلا بإتلافه وإخراجه عن الماللة .

فصل : إذا قال : بعثك هذه الأرض ، أو هذا الثوب ، على أنه عشرة أذرع .
فإن أحد عشر ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، البيع باطل ؛ لأنه لا يمكن إجبار البائع
على تسليم الزيادة ، وإنما باع عشرة ، ولا المشتري على أخذ البعض ، وإنما اشترى
الكل ، وعليه ضرر في الشراكة أيضًا . والثانية ، البيع صحيح والزيادة للبائع ؛ لأن
ذلك نقص على المشتري ، فلا يمنع صحة البيع ، كالعيب ، ثم يُخير البائع بين
تسليم المبيع زائدًا^(١٧) وبين تسليم العشرة ، فإن رضى بتسليم الجميع ، فلا
خيار للمشتري ؛ لأنه زاده خيرًا ، وإن أبى تسليمه زائدًا ، فللمشتري الخيار بين

(١٥) في م : قالوا .

(١٦ - ١٧) سقط من : الأصل .

(١٧) سقط من : الأصل .

الفسخ والأخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد ، فإن رضى بالأخذ أخذ العشرة ، والبائع شريك له بالذراع . وهل للبائع خيار الفسخ ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، له الفسخ ؛ لأن عليه ضرراً في المشاركة . والثاني ، لا خيار له ؛ لأنه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن . فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة ، فلا يستحق بها الفسخ ، ولأن هذا الضرر حصل بتغيره وإخباره ، / بخلاف غيره ، فلا ينبغي أن يتسلط^(١٨) به على فسخ عقد المشتري . فإن بذلها البائع للمشتري بثمن ، أو طلبها المشتري بثمن ، لم يلزم الآخر القبول ؛ لأنها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما ، فلا يجبر واحد منهما عليه . وإن تراضيا على ذلك ، جاز ، فإن بان تسعة ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يطل البيع ؛ لما تقدم . والثانية ، البيع صحيح ، والمشتري بالخيار بين الفسخ والإمساك بتسعة أعشار الثمن . وقال أصحاب الشافعي : ليس له إمساكه إلا بكل الثمن ، أو الفسخ . بناءً على^(١٩) قولهم : إن^(٢٠) المعيب ليس لمشتريه إلا الفسخ ، أو إمساكه بكل الثمن . ولنا ، أنه وجد المبيع ناقصاً في القدر ، فكان له إمساكه بقسطه من الثمن ، كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين ، وسنبين أن المعيب له إمساكه ، وأخذ أرشه ، فإن أخذها بقسطها من الثمن ، فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ ؛ لأنه إنما رضى ببيعها بهذا الثمن كله ، وإذا لم يصل إليه كان له الفسخ . فإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ ؛ لأنه وصل إليه الثمن الذي رضى به ، فأشبه ما لو اشترى معيباً فرضيه بجميع الثمن .

فصل : وإن اشترى صبرة على أنها عشرة أقفزة ، فبانت أحد عشر ، رد الزائد ، ولا خيار له ههنا ؛ لأنه لا ضرر^(٢٠) في الزيادة ، وإن بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن ، وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمي الكيل في الصبرة لا يكون قبضها

(١٨) في الأصل : « يسقط » .

(١٩ - ١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : م .

إِلَّا بِالْكَيْلِ ، فَإِذَا كَالَهَا فَوَجَدَهَا قَدَرٌ حَقُّهُ ، أَخَذَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً رَدَّ الزِّيَادَةَ ،
وإن كانت ناقصة ، أَخَذَهَا بِقِسْطِهَا مِنَ الثَّمَنِ ، وَهَلْ لَهُ الْفَسْخُ إِذَا وَجَدَهَا نَاقِصَةً ؟
عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ الْخِيَارُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ الْمَبِيعَ نَاقِصًا ،
فَكَانَ لَهُ الْفَسْخُ ، كَغَيْرِ الصَّبْرِ ، وَكَتَفْصَانِ الصَّفَةِ . الثَّانِي ، لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ نَقْصَانُ
الْقَدَرِ لَيْسَ بِعَيْبٍ فِي الْبَاقِي مِنَ الْكَيْلِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

فصل : إِذَا بَاعَ الْأَذْهَانَ فِي ظُرُوفِهَا جُمْلَةً ، وَقَدْ شَاهَدَهَا ، / جَازَ ؛ لِأَنَّ
أَجْزَاءَهَا^(٢١) لَا تَخْتَلِفُ ، فَهُوَ كَالصَّبْرِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْعَسَلِ ، وَالذَّبْسِ ،
وَالْحُلِّ ، وَسَائِرِ الْمَائِعَاتِ الَّتِي لَا تَخْتَلِفُ . وَإِنْ بَاعَهُ كُلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ ، أَوْ بَاعَهُ
رِطْلًا مِنْهَا ، أَوْ أَرْطَالَ مَعْلُومَةٍ يَعْلَمُ أَنَّ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْهَا ، أَوْ بَاعَهُ جُزْءًا مُشَاعًا ، أَوْ
أَجْزَاءً مُشَاعَةً^(٢٢) ، أَوْ بَاعَهُ إِيَّاهُ مَعَ الظَّرْفِ بِعَشْرَةِ دِرَاهِمٍ ، أَوْ بِثَمَنِ مَعْلُومٍ ،
جَازَ . وَإِنْ بَاعَهُ السَّمْنَ وَالظَّرْفَ ، كُلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ ، وَهُمَا يَعْلَمَانِ مَبْلَغُ كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عُلِمَ الْمَبِيعُ وَالثَّمَنُ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا ذَلِكَ ، جَازَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ
قَدْ رَضِيَ أَنْ يَشْتَرِيَ الظَّرْفَ ، كُلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ ، وَمَا فِيهِ كَذَلِكَ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ
اشْتَرَى ظَرْفَيْنِ فِي أَحَدِهِمَا سَمْنٌ وَفِي الْآخَرِ زَيْتٌ ، كُلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ . وَقَالَ
الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ وَزْنَ الظَّرْفِ يَزِيدُ وَيَنْقُصُ ، فَيَدْخُلُ عَلَى غَرَرٍ . وَالْأَوَّلُ
أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ يَبِيعُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَفَرِّدًا يَصِحُّ لِذَلِكَ^(٢٣) . فَكَذَلِكَ إِذَا جَمَعَهُمَا ،
كَالْأَرْضِ الْمُخْتَلِفَةِ الْأَجْزَاءِ ، وَالثِّيَابِ وَغَيْرِهَا . وَأَمَّا إِنْ بَاعَهُ كُلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ ،
عَلَى أَنْ يَزِنَ الظَّرْفَ ، فَيَحْتَسِبَ عَلَيْهِ بِوَزْنِهِ ، وَلَا يَكُونُ مَبِيعًا ، وَهُمَا يَعْلَمَانِ زِنَةَ
كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عُلِمَ^(٢٤) الدُّهْنُ عَشْرَةَ^(٢٥) وَالظَّرْفُ رِطْلًا ، كَانَ
مَعْنَاهُ : بِعْتُكَ عَشْرَةَ^(٢٥) أَرْطَالَ بَاسْتِنَى عَشَرَ دِرْهَمًا . وَإِنْ كَانَا لَا يَعْلَمَانِ زِنَةَ الظَّرْفِ

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « أَجْزَاءُهُ » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « كَذَلِكَ » .

(٢٤) فِي النِّسْخِ زِيَادَةٌ : « أَنْ » .

(٢٥ - ٢٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

والدَّهْنِ ، لم يَصِحَّ ؛ لَأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى جَهَالَةِ الثَّمَنِ فِي الْحَالِ . وَسَوَاءٌ جَهْلًا زِنْتُهُمَا جَمِيعًا ، أَوْ زِنَةً أَحَدُهُمَا ؛ لِذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ وَجَدَ فِي ظَرْفِ السَّمَنِ رُبًّا^(٢٦) ، فَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : قَالَ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ : إِنْ كَانَ سَمَّنًا ، وَعِنْدَهُ سَمْنٌ ، أَعْطَاهُ بِوَزْنِهِ سَمَّنًا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ سَمْنٌ ، أَعْطَاهُ بِقَدْرِ الرُّبِّ مِنَ الثَّمَنِ . وَالزَّمَهُ شُرَيْحٌ بِقَدْرِ الرُّبِّ سَمَّنًا بِكُلِّ حَالٍ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : إِنْ شَاءَ أَخَذَ الَّذِي وَجَدَهُ ، وَلَا يُكَلِّفُ أَنْ يُعْطِيَهُ بِقَدْرِ الرُّبِّ سَمَّنًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَجَدَ الْمَبِيعَ الْمَكِيلَ نَاقِصًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى صَبْرَةً ، فَوَجَدَ تَحْتَهَا رُبَّةً ، أَوْ اشْتَرَاهَا عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةُ أَقْفِزَةٍ ، فَبَائَتْ تِسْعَةً ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ يَأْخُذُ الْمَوْجُودَ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، كَذَا هُنَا . فَعَلَى هَذَا إِنَّمَا يَأْخُذُ الْمَوْجُودَ مِنَ السَّمَنِ / بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَلَا يَلْزَمُ الْبَائِعُ أَنْ يُعْطِيَهُ سَمَّنًا ، سَوَاءً كَانَ مَوْجُودًا عِنْدَهُ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ، فَإِنْ تَرَاضِيَا عَلَى إِعْطَائِهِ سَمَّنًا ، جَازَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٢٢١/٤ ظ

(٢٦) الرب : رب السمن ، سفله ، وهو ما استقر تحته من كدره .

باب المَصْرَاةِ ، وغير ذلك

التَّصْرِيَةُ : جَمْعُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ . يقال : صَرَّى الشَّاةَ ، وصَرَّى اللَّبَنَ فِي ضَرْعِ الشَّاةِ ، بالتَّشْدِيدِ والتَّخْفِيفِ . ويقال : صَرَّى الْمَاءَ فِي الْحَوْضِ ، وصَرَّى الطَّعَامَ فِي فِيهِ ، وصَرَّى الْمَاءَ فِي ظَهْرِهِ . إِذَا تَرَكَ الْجَمَاعَ . وَأَنْشَدَهُ أَبُو عُبَيْدٍ (١) :

رَأْتُ غُلَامًا قَدْ صَرَّى فِي فَقْرَتِهِ (٢)

مَاءَ الشَّبَابِ عُنْفَوَانٌ شَرَّتْهُ

وماءٌ صَرَّى ، وصَرٍ ، إِذَا طَالَ اسْتِنْقَاعُهُ . قال البخاري : أَصْلُ التَّصْرِيةِ حَبْسُ الْمَاءِ ، يقال : صَرَّيْتُ الْمَاءَ . ويقالُ لِلْمَصْرَاةِ : الْمُحْفَلَةُ . وهو من الْجَمْعِ أَيْضًا ، ومنه سُمِّيَتْ مَجَامِعُ النَّاسِ مَحَافِلَ . وَالتَّصْرِيةُ حَرَامٌ إِذَا أَرَادَ بِذَلِكَ التَّذْلِيلَ عَلَى الْمُشْتَرَى ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تُصَرُّوا » (٣) . وَقَوْلِهِ : « مِنْ عَشْنَا فَلَيْسَ

(١) في م : « أبو عبيدة » . والرجز في غريب الحديث ، لأبي عبيد ٢٤١/٢ . واللسان (ص ر ي) . وهو للأغلب العجلى ، وكان جاهلياً إسلامياً ، قتل بناوند ، وهو أول من شبه الرجز بالقصيد وأطاله . الشعر والشعراء ، لابن قتيبة ٤١٣/٢ .

(٢) في م : « رأيت غلاماً » . ويروى : « رب غلام » . انظر اللسان .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم ... ، وباب إن شاء رد المصرة وفي حلبتها صاع من تمر ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٢/٣ ، ٩٣ . ومسلم ، في : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، و : باب حكم بيع المصرة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٥/٣ ، ١١٥٨ ، ١١٥٩ ، وأبو داود ، في : باب من اشترى مصرة فكرهها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٢/٢ . والنسائي ، في : باب النهي عن المصرة ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٣/٧ . والإمام مالك ، في : باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٨٣/٢ ، ٦٨٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٢/٢ ، ٤١٧ ، ٤٦٠ ، ٤٦٥ .

مِنَّا»^(٤) وَرَوَى ابْنُ مَاجَه ، فِي سُنَنِهِ^(٥) ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « يَبِيعُ الْمُحَفَّلَاتِ خِلَابَةً ، وَلَا تَحِلُّ الْخِلَابَةُ لِمُسْلِمٍ » . رواه ابنُ عبدِ البرِّ : « وَلَا يَحِلُّ خِلَابَةُ لِمُسْلِمٍ » .

٧٣٩ - مسألة ؛ قال : (وإذا اشترى مُصْرَأة وهو لا يَعْلَمُ ، فهو بالخيار بين أن يَقْبَلَهَا أو يَرُدَّهَا وصاعاً من ثَمْرِ)

الكلامُ في هذه المسألة في فصول ثلاثة ، الأول ، أن من اشترى مُصْرَأة من بهيمة الأنعام ، لم يَعْلَمْ تَصْرِيَّتَهَا ، ثم عِلْمَ . فله الخيارُ في الرَّدِّ والإمساك . روى ذلك عن ابنِ مسعود ، وابنِ عمر ، وأبي هريرة ، وأنس . وإليه ذهب مالك ، وابنُ أبي ليلى ، والشافعي وإسحاق ، وأبو يوسف ، وعامة أهل العلم ، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا خيار له ؛ لأن ذلك ليس بعيب ؛ بدليل أنها^(١) لو لم تكن مُصْرَأة ، فوجدناها أقلَّ لبناً من أمثالها ، لم يملك رَدُّها ، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار ، كما لو علفها فانتفخ بطنها ، فظنَّ المشتري أنها حامل . ولنا ، ما روى / أبو هريرة ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لا تُصْرُوا الإبلَ والعنَمَ فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسكها ، وإن شاء رَدَّها وصاعاً من ثَمْرِ » متفق عليه^(٢) ، وروى ابنُ عمر ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « من ابتاع مُحَفَّلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، إن رَدَّها رَدَّ معها مثل أو مثلى لبنها قمحاً » . رواه أبو داود^(٣) . ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه ، فوجب به الرَّدُّ ، كما لو

٢٢٢/٤ و

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١١١ .

(٥) في : باب بيع المصرة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٣/٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٣٣/١ .

(١) في م : « أنه » .

(٢) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة .

(٣) في : باب من اشترى مصرة فكرها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٣/٢ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب بيع المصرة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٣/٢ . والإمام

أحمد ، في : المسند ٤١٧/٢ .

كانت شَمْطَاءَ ، فسَوَّدَ شَعْرَهَا . وقياسُهُمْ يَبْطُلُ بِتَسْوِيدِ الشَّعْرِ ، فَإِنْ بَيَّضَهُ لَيْسَ بِعَيْبٍ كَالْكِبَرِ ، وَإِذَا دُلِّسَهُ ثَبَّتَ لَهُ الْخِيَارُ ، وَأَمَّا انْتِفَاخُ الْبَطْنِ ، فَقَدْ يَكُونُ مِنَ الْأَكْلِ وَالشَّرْبِ ، فَلَا مَعْنَى لِحَمْلِهِ عَلَى الْحَمْلِ ، وَعَلَى أَنَّ هَذَا الْقِيَاسَ يُخَالِفُ النَّصَّ ، وَاتِّبَاعُ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَوْلَى . إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ الْمُشْتَرِي عَالِمًا بِالتَّضَرُّعِ ، فَإِنْ كَانَ عَالِمًا ، لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْخِيَارُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ فِي وَجْهِ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلَأَنَّ انْقِطَاعَ اللَّبَنِ لَمْ يُوجَدْ ، وَقَدْ يَبْقَى عَلَى حَالِهِ ، فَلَمْ يُجْعَلْ ذَلِكَ رِضًى ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَتْ عَيْنًا ، ثُمَّ طَلَبَتْ الْفَسْخَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اشْتَرَاهَا عَالِمًا بِالتَّدْلِيلِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مِنْ سَوَّدَ شَعْرَهَا عَالِمًا بِذَلِكَ ، وَلَأنَّهُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ فَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ الرَّدُّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيًّا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ، وَبَقَاءَ اللَّبَنِ عَلَى حَالِهِ نَادِرٌ بَعِيدٌ ، لَا يُعَلَّقُ عَلَيْهِ حُكْمٌ ، وَالْأَصْلُ الَّذِي قَاسُوا عَلَيْهِ مَمْنُوعٌ . وَلَوْ اشْتَرَى مُصْرَاةً فَصَارَ لَبْنُهَا عَادَةً ، وَاسْتَمَرَ عَلَى كَثْرَتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَهُ الرَّدُّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلَأَنَّ التَّدْلِيلَ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الْعَقْدِ ، فَاتَّبَعَ الرَّدُّ ، كَمَا لَوْ نَقَصَ اللَّبَنُ . وَلَنَا ، أَنَّ الرَّدَّ جُعِلَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ بِنَقْصِ اللَّبَنِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، فَامْتَنَعَ الرَّدُّ ، وَلَأَنَّ الْعَيْبَ لَمْ يُوجَدْ ، وَلَمْ يَخْتَلِفْ صِفَةُ الْمَبِيعِ عَنْ حَالَةِ الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَثْبُتِ التَّدْلِيلُ ، وَلَأَنَّ الْخِيَارَ ثَبَّتَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ضَرَرٌ .

الفصل الثاني ، أَنَّهُ إِذَا رَدَّ ، لَزِمَهُ رَدُّ بَدَلِ اللَّبَنِ . وَهَذَا قَوْلُ كُلِّ مَنْ جَوَّزَ رَدَّهَا ، وَهُوَ مُقَدَّرٌ فِي الشَّرْعِ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ ، كَمَا فِي الْحَدِيثِ الصَّحِيحِ الَّذِي / أَوْرَدْنَاهُ ، ٢٢٢/٤ ظ وَهَذَا قَوْلُ اللَّيْثِ ، وَإِسْحَاقَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَذَهَبَ مَالِكٌ ، وَبَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ ، إِلَى أَنَّ الْوَاجِبَ صَاعٌ مِنْ غَالِبِ قُوْتِ الْبَلَدِ ؛ لِأَنَّ فِي بَعْضِ الْحَدِيثِ : « وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ طَعَامٍ » . وَفِي بَعْضِهَا : « وَرَدَّ مَعَهَا مِثْلًا أَوْ مِثْلَى لَبْنِهَا قَمْحًا » فَجَمَعَ بَيْنَ الْأَحَادِيثِ ، وَجَعَلَ تَنْصِيصَهُ عَلَى التَّمْرِ ؛ لِأَنَّهُ غَالِبُ قُوْتِ الْبَلَدِ فِي الْمَدِينَةِ ، وَنَصَّ عَلَى الْقَمْحِ ؛ لِأَنَّهُ غَالِبُ قُوْتِ بَلَدٍ آخَرَ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ : يَرُدُّ قِيمَةَ اللَّبَنِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ مُتَلَفٍ ، فَكَانَ مُقَدَّرًا بِقِيَمَتِهِ ، كَسَائِرِ الْمُتَلَفَاتِ ، وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ

أَبَى لَيْلَى . وَحُكِيَ عَنْ زُفَرٍ أَنَّهُ يُرَدُّ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ ، أَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِمْ فِي الْفِطْرَةِ وَالْكَفَّارَةِ . وَلَنَا ، الْحَدِيثُ الصَّحِيحُ الَّذِي أَوْرَدْنَاهُ ، وَهُوَ الْمُعْتَمَدُ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . وَقَدْ نَصَّ فِيهِ عَلَى التَّمْرِ فَقَالَ : « إِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ » . وَفِي لَفْظٍ لِلْبَخَارِيِّ : « مَنْ اشْتَرَى غَنَمًا مُصْرَاةً فَاحْتَلَبَهَا ، فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ سَخِطَهَا فَفِي حَلَّتِيهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ » ^(٤) وَفِي لَفْظٍ لِمُسْلِمٍ ، رَوَاهُ ابْنُ سِيرِينَ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « رَدَّهَا » ^(٥) ، وَرَدَّ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ لَا سَمَرَاءَ « وَفِي لَفْظٍ لَهُ : « طَعَامًا لَا سَمَرَاءَ » يَعْنِي لَا يُرَدُّ قَمَحًا . وَالْمُرَادُ بِالطَّعَامِ هَهُنَا التَّمْرُ ؛ لِأَنَّهُ مُطْلَقٌ فِي أَحَدِ الْحَدِيثَيْنِ ، مُقَيَّدٌ فِي الْآخَرِ ، فِي قَضِيَّةٍ وَاحِدَةٍ ، وَالْمُطْلَقُ فِيمَا هَذَا سَبِيلُهُ يُحْمَلُ عَلَى الْمُقَيَّدِ . وَحَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ مُطَّرَحُ الظَّاهِرِ بِالِاتِّفَاقِ ؛ إِذْ لَا قَائِلَ بِإِجَابِ مِثْلِ لَبْنِهَا أَوْ مِثْلَى لَبْنِهَا قَمَحًا ، ثُمَّ قَدْ شَكَّ فِيهِ الرَّاوي ، وَخَالَفَتْهُ الْأَحَادِيثُ الصَّحَاحُ ، فَلَا يُعْوَلُ عَلَيْهِ . وَقِيَاسُ أَبِي يُونُسَ مُخَالَفٌ لِلنَّصِّ ، فَلَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ ، وَلَا يَنْعَدُ أَنْ يُقَدَّرَ الشَّرْعُ ، بَدَلُ هَذَا الْمُتَلَفِ ، قَطْعًا لِلْخُصُومَةِ ، وَدَفْعًا لِلتَّنَازُعِ ، كَمَا قَدَّرَ بَدَلُ الْآدَمِيِّ وَدِيَّةُ أَطْرَافِهِ ، وَلَا يُمْكِنُ حَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى أَنَّ الصَّاعَ كَانَ قِيَمَةَ اللَّبَنِ ، فَلِذَلِكَ أَوْجَبَهُ ، لِوُجُوهٍ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الْقِيَمَةَ هِيَ الْأَثْمَانُ لَا التَّمْرُ . الثَّانِي ، أَنَّهُ أَوْجَبَ فِي الْمُصْرَاةِ مِنَ الْإِبِلِ وَالْغَنَمِ جَمِيعًا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ ، مَعَ اخْتِلَافِ لَبْنِهَا . الثَّالِثُ ، أَنَّ لَفْظَهُ لِلْعُمُومِ ، فَيَتَنَاوَلُ كُلَّ مُصْرَاةٍ ، وَلَا يَتَّفِقُ / أَنْ تَكُونَ قِيَمَةُ لَبَنِ كُلِّ مُصْرَاةٍ صَاعًا ، وَإِنْ أُمْكِنَ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ ، فَيَتَعَيَّنُ إِجَابُ الصَّاعِ ؛ لِأَنَّهُ الْقِيَمَةُ الَّتِي عَيَّنَ الشَّارِعُ إِجَابَهَا ؛ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَعْدَلَ عَنْهَا ، وَإِذْ قَدْ ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الصَّاعُ مِنَ التَّمْرِ جَيِّدًا ، غَيْرَ مَعِيبٍ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ

و ٢٢٣/٤

(٤) الحديث تقدم تخريجه في الصفحة قبل السابقة . وهذا اللفظ أخرجه البخاري ، في : باب إن شاء رد المصرة وفي حليتها صاع من تمر ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٣/٣ . ولفظ مسلم أخرجه ، في : باب حكم المصرة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٨/٣ ، ١١٥٩ .

(٥) سقط من : م .

بإطلاق الشَّارِع ، فَيَنْصَرِفُ إِلَى مَا ذَكَرْنَاهُ ، كَالصَّاعِ الْوَاجِبِ فِي الْفِطْرَةِ . وَلَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْأَجُودِ ، بَلْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَدْنَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الْجَيِّدِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ قِيَمَةُ الثَّمَرِ مِثْلَ قِيَمَةِ لَبَنِ^(٦) الشَّاةِ ، أَوْ أَقَلِّ ، أَوْ أَكْثَرَ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَلَيْسَ هَذَا جَمْعًا بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَ بَدَلُ اللَّبَنِ ، قَدَرَهُ الشَّرْعُ بِهِ ، كَمَا قَدَّرَ فِي يَدَيِ الْعَبْدِ قِيَمَتَهُ ، وَفِي يَدَيْهِ وَرَجْلَيْهِ قِيَمَتَهُ مَرَّتَيْنِ ، مَعَ بَقَاءِ الْعَبْدِ عَلَى مِلْكِ سَيِّدِهِ . وَإِنْ عَدِمَ الثَّمَرُ فِي مَوْضِعِهِ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ بِمِثَابَةِ عَيْنٍ أَتْلَفَهَا ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيَمَتُهَا .

فصل : وَإِنْ عَلِمَ بِالتَّصَرُّفِ قَبْلَ حَلْبِهَا ، مِثْلَ أَنْ أَقَرَّ بِهِ الْبَائِعُ ، أَوْ شَهِدَ بِهِ مِنْ تَقَبُّلِ شَهَادَتِهِ ، فَلَهُ رَدُّهَا ، وَلَا شَيْءَ مَعَهَا ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَ إِنَّمَا وَجِبَ بَدَلًا لِلَّابَنِ الْمُحْتَلَبِ ، وَلِذَلِكَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ اشْتَرَى غَنَمًا مُصْرَاةً فَاحْتَلَبَهَا ، فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ سَخِطَهَا ، فَفِي حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ »^(٧) . وَلَمْ يَأْخُذْ لَهَا لَبَنًا هَهُنَا ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ رَدُّ شَيْءٍ مَعَهَا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : هَذَا مَا لَا خِلَافَ فِيهِ . وَأَمَّا لَوْ احْتَلَبَهَا وَتَرَكَ اللَّابَنَ بِحَالِهِ ثُمَّ رَدَّهَا ، رَدَّ لَبَنَهَا ، وَلَا يَلْزِمُهُ أَيْضًا شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ إِذَا كَانَ مَوْجُودًا فَرَدَّهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ بَدْلُهُ . فَإِنْ أَبَى الْبَائِعُ قَبُولَهُ ، وَطَلَبَ الثَّمَرَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ بِحَالِهِ لَمْ يَتَغَيَّرْ . وَقِيلَ : لَا يَلْزِمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِظَاهِرِ الْخَبَرِ ، وَلِأَنَّهُ قَدْ نَقَصَ بِالْحَلْبِ ، وَكَوْنُهُ فِي الضَّرْعِ أَحْفَظَ لَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَدَّرَ عَلَى رَدِّ الْمُبْدَلِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ الْبَدَلُ ، كَسَائِرِ الْمُبْدَلَاتِ مَعَ أَبْدَالِهَا . وَالْحَلْبُ^(٨) الْمُرَادُ بِهِ رَدُّ الثَّمَرِ ، حَالِ عَدَمِ اللَّابَنِ ؛ لِقَوْلِهِ : « فَفِي حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ » . وَلَمَّا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَعْنَى . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الضَّرْعُ أَحْفَظُ لَهُ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِبْقَاؤُهُ فِي الضَّرْعِ عَلَى الدَّوَامِ ، وَبِقَاؤُهُ يَضُرُّ بِالْحَيَوَانِ . / وَإِنْ كَانَ اللَّابَنُ قَدْ تَغَيَّرَ ،

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٥ .

(٨) في م : « والحديث » .

ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يلزمه قبوله . وهذا قول مالك ؛ للخبر ، ولأنه قد نقص بالحموضة ، أشبه ما لو أثلفه . والثاني ، يلزمه قبوله ؛ لأن النقص حصل بإسلام المبيع ، وبتغير البائع ، وتسليطه على حله ، فلم يمنع الرد ، كلبن غير المصرة .

فصل : وإذا رضى بالتصرية فأمسكها ، ثم وجد بها عيبا آخر ، ردّها به ؛ لأن رضاه بعيب لا يمنع الرد بعيب آخر ، كما لو اشترى أعرج ، فرضى بعيبه ، ثم أصاب به برصا^(٩) . وإذا ردّ لزمه صاع من تمر ، عوض اللبن ؛ لأنه قد جعل عوضا له فيما إذا ردّها بالتصرية ، فيكون عوضا له مطلقا .

فصل : ولو اشترى شاة غير مصرة فاحتلبها ، ثم وجد بها عيبا ، فله الرد ، ثم إن لم يكن في ضرعها لبن حال العقد ، فلا شيء عليه ؛ لأن ما حدث من اللبن بعد العقد يحدث على ملك المشتري ، وإن كان فيه لبن حال العقد ، إلا أنه شيء لا يخلو الضرع من مثله في العادة ، فلا شيء فيه ؛ لأن مثل هذا لا عبرة به ، ولا قيمة له في العادة ، فهو تابع لما حدث ، وإن كان كثيرا ، وكان قائما بحاله ، فهل له رده ؟ يبنى على ردّ^(١٠) لبن التصرية ، وقد سبق . فإن قلنا : ليس له رده . كان بقاؤه كتلفه . وهل له أن يرّد المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما إذا اشترى شيئا فتلف منه جزء أو تعيب . والأشهر في المذهب أنه يرده ، فعلى هذا يلزمه ردّ مثل اللبن ؛ لأنه من ذوات الأمثال . والأصل ضمان ما كان من المثليات بمثله ، إلا أنه خولف في لبن التصرية بالنص ، ففيما عداه يبقى على الأصل ، ولأصحاب الشافعي ، في هذا الفصل ، نحو مما ذكرنا .

الفصل الثالث في الخيار : اختلف أصحابنا في مدّته . فقال القاضي : هو مقدّر بثلاثة أيام ، ليس له الرد قبل مضيها ، ولا إمساكها بعدها ، فإن أمسكها بعد ذلك ،

(٩) في الأصل : « مرضا » .

(١٠) سقط من : م .

لم يَكُنْ له الرَّدُّ . قال : وهو ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، وهو قولُ بعضِ^(١١) أصحابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ أبا هريرةَ رَوَى ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « مَنْ اشْتَرَى مُصْرَأةً فهو فيها / بالخيارِ ثلاثةَ أيَّامٍ ، إن شاء أَمْسَكَهَا ، وإن شاء رَدَّهَا ، ورَدَّ معها صَاعًا من تَمْرٍ » رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(١٢) . قالوا : فهذه الثلاثةُ قَدَّرَهَا الشَّارِعُ لِمَعْرِفَةِ التَّصْرِيَةِ فَإِنَّهَا لَا تُعْرَفُ قَبْلَ مُضِيِّهَا ؛ لِأَنَّهَا فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ لَبَنُهَا لَبَنُ التَّصْرِيَةِ ، وَفِي الثَّانِي يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لَبَنُهَا نَقْصٌ ؛ لِتَغْيِيرِ الْمَكَانِ وَاخْتِلَافِ الْعَلْفِ ، وَكَذَلِكَ فِي الثَّالِثِ ، فَإِذَا مَضَتْ الثَّلَاثَةُ اسْتَبَانَ التَّصْرِيَةَ ، وَثَبَتَ الْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ ، وَلَا يَثْبُتُ قَبْلَ انْقِضَائِهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : عِنْدِي مَتَى ثَبَّتَ التَّصْرِيَةَ ، جَازَ لَهُ الرَّدُّ ، قَبْلَ الثَّلَاثَةِ وَبَعْدَهَا ؛ لِأَنَّهُ تَدْلِيلُ يَثْبُتُ الْخِيَارَ ، فَمَلَكَ الرَّدَّ بِهِ إِذَا تَبَيَّنَ ، كَسَائِرِ التَّدْلِيلِ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ الْمَدَنِيِّينَ . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ فَائِدَةُ التَّقْدِيرِ فِي الْخَبَرِ بِالثَّلَاثَةِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَخْصُلُ الْعِلْمُ إِلَّا بِهَا ، فَاعْتَبَرَهَا لِحَصُولِ الْعِلْمِ ظَاهِرًا ، فَإِنْ حَصَلَ الْعِلْمُ بِهَا ، أَوْ لَمْ يَخْصُلْ بِهَا فَالاعتبارُ بِهِ دُونَهَا ، كَمَا فِي سَائِرِ التَّدْلِيلِ . وَظَاهِرُ قَوْلِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، أَنَّهُ مَتَى عِلِمَ التَّصْرِيَةِ ، ثَبَتَ لَهُ الْخِيَارُ فِي الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ إِلَى تَمَامِهَا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْمُنْذِرِ ، وَأَبِي حَامِدٍ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، وَحَكَاهُ عَنِ الشَّافِعِيِّ نَصًّا ؛ لِظَاهِرِ حَدِيثِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَإِنَّهُ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْخِيَارِ فِي الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ كُلِّهَا . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، لَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ فِي شَيْءٍ مِنْهَا ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ عَقِيبَهَا . وَقَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ يُسَوِّى بَيْنَ الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ وَبَيْنَ غَيْرِهَا ، وَالْعَمَلُ بِالْخَبَرِ أَوْلَى ، وَالْقِيَاسُ مَا قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ كَذَلِكَ فِي الْعُيُوبِ ، وَسَائِرِ التَّدْلِيلِ .

٧٤٠ - مسألة ؛ قال : (وَسَوَاءٌ كَانَ الْمُشْتَرَى نَاقَةً أَوْ بَقَرَةً أَوْ شَاةً)

جُمُهورُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي التَّصْرِيَةِ بَيْنَ الشَّاةِ وَالنَّاقَةِ وَالْبَقَرَةِ ، وَشَذَّ

(١١) سقط من : م .

(١٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٨ .

داود ، فقال : لا يثبت الخيار بتصريّة البقرة ؛ لأنّ الحديث : « لا تُصروا الإبل والغنم »^(١) . فدلّ على أنّ ما عداهما بخلافهما ، ولأنّ الحكم ثبت فيهما بالنص ، والقياس لا يثبت به الأحكام . ولنا ، عموم قوله : « من اشترى مُصرّة فهو بالخيار ثلاثة أيام »^(٢) . وفي حديث ابن عمر : « من ابتاع مُحفلة »^(٣) . ولم يُفصل ، ولأنّه تصرية بلبن من بهيمة الأنعام ، أشبه الإبل والغنم ، والخبر فيه / تنبيه على تصرية البقر ؛ لأنّ لبنها أغزر وأكثر نفعا . وقولهم : إنّ الأحكام لا تثبت بالقياس . ممنوع . ثم هو ههنا ثبت بالتنبيه ، وهو حجة عند الجميع .

ظ ٢٢٤/٤

فصل : إذا اشترى مُصرّتين أو أكثر في عقد واحد ، فردّهنّ ، ردّ مع كلّ مُصرّة صاعا . وبهذا قال الشافعي ، وبعض أصحاب مالك . وقال بعضهم : في الجميع صاع واحد ؛ لأنّ رسول الله ﷺ قال : « من اشترى غنما مُصرّة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر »^(٤) . ولنا ، عموم قوله : « من اشترى مُصرّة » و « من اشترى مُحفلة » . وهذا يتناول الواحدة . ولأنّ ما جعل عوضا عن الشيء في صفتين ، وجب إذا كان في صفة واحدة ، كأرشر العيب ، وأمّا الحديث فإنّ الضمير يعود إلى الواحدة .

فصل : فإن اشترى مُصرّة من غير بهيمة الأنعام ، كالأمّة والأتان والفرس ، ففيه وجهان ، أحدهما ، يثبت له الخيار ، اختاره ابن عقيل ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لعموم قوله : « من اشترى مُصرّة » و « من اشترى مُحفلة » . ولأنّه تصرية بما يختلف الثمن به ، فثبت الخيار ، كتصرية بهيمة الأنعام ، وذلك أنّ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٥ .

(٢) تقدم التخرّيج في صفحة ٢١٦ .

(٣) انظر مواضع التخرّيج في صفحة ٢١٨

(٤) سقط من الأصل .

لَبَنِ الْآدَمِيَّةِ يُرَادُ لِلرَّضَاعِ ، وَيُرَغَّبُ فِيهَا ظَهْرًا^(٦) وَيُحَسَّنُ بَدَنُهَا^(٧) ، وَلِذَلِكَ لَوْ اشْتَرَطَ كَثْرَةَ لَبَنِهَا ، فَبَانَ بِخِلَافِهِ ، مَلَكَ الْفَسَخُ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَقْصُودًا لَمَا ثَبَتَ بِاشْتِرَاطِهِ ، وَلَا مَلَكَ الْفَسَخُ بَعْدَهُ . وَلَأَنَّ الْأَتَانَ وَالْفَرَسَ يُرَادَانِ لِوَلَدِهِمَا . وَالثَّانِي ، لَا يَثْبُتُ بِهِ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ لَبَنَهَا لَا يُعْتَاظُ عَنْهُ فِي الْعَادَةِ ، وَلَا يُقْصَدُ قَصْدَ لَبَنِ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ ، وَالْخَبَرُ وَرَدَ فِي بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ قَصْدَ لَبَنِ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ أَكْثَرُ ، وَاللَّفْظُ الْعَامُّ أَرِيدَ بِهِ الْخَاصُّ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ أَمَرَ فِي رَدِّهَا بِصَاعٍ مِنْ ثَمَرٍ ، وَلَا يَجِبُ فِي لَبَنِ غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّهُ وَرَدَ عَامًّا وَخَاصًّا فِي قَضِيَّةٍ وَاحِدَةٍ ، فَيُحْمَلُ الْعَامُّ عَلَى الْخَاصِّ ، وَيَكُونُ الْمُرَادُ بِالْعَامِّ فِي أَحَدِ الْحَدِيثَيْنِ^(٨) الْخَاصُّ فِي الْحَدِيثِ الْآخَرِ . / ٢٢٥/٤ و
وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، إِذَا رَدَّهَا لَمْ يَلْزَمْ بَدَلُ لَبَنِهَا ، وَلَا يَرُدُّ مَعَهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ هَذَا اللَّبَنَ لَا يُبَاعُ عَادَةً ، وَلَا يُعَاوَضُ عَنْهُ .

فصل : وَكُلُّ تَذْلِيلٍ يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ لِأَجْلِهِ ، مِثْلُ أَنْ يُسَوَّدَ شَعْرُ الْجَارِيَةِ ، أَوْ يُجَعَّدَ ، أَوْ يُحَمَّرَ وَجْهَهَا ، أَوْ يُضَمَّرَ الْمَاءُ عَلَى الرَّحَا ، وَيُرْسِلَهُ عِنْدَ عَرْضِهَا عَلَى الْمُشْتَرِي ، يَثْبُتُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ تَذْلِيلٌ بِمَا يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِاخْتِلَافِهِ فَاثْبَتَ الْخِيَارَ ، كَالْتَصَرُّفَةِ ، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَوَافَقَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي تَسْوِيدِ الشَّعْرِ . وَقَالَ فِي تَجْعِيدِهِ : لَا يَثْبُتُ بِهِ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ تَذْلِيلٌ بِمَا لَيْسَ بِغَيْبٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ سَوَّدَ أَنْامِلَ الْعَبْدِ ، لِيُظَنَّهُ كَاتِبًا أَوْ حَدَّادًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَذْلِيلٌ بِمَا يَخْتَلِفُ بِهِ الثَّمَنُ ، أَشْبَهَ تَسْوِيدَ الشَّعْرِ ، وَأَمَّا تَسْوِيدُ الْأَنْامِلِ ، فَلَيْسَ بِمُخْتَصٍّ بِكَوْنِهِ كَاتِبًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَدِ وَلَعَ بِالْذَّوَاةِ ، أَوْ كَانَ غُلَامًا لِكَاتِبٍ يُصْلِحُ لَهُ الذَّوَاةَ ، فَظَنُّهُ كَاتِبًا ، طَمَعٌ لَا يَسْتَحِقُّ بِهِ فَسْخًا ، فَإِنْ حَصَلَ هَذَا مِنْ غَيْرِ تَذْلِيلٍ ، مِثْلُ أَنْ يَجْتَمَعَ اللَّبَنُ فِي الضَّرْعِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ ، أَوْ احْمَرَّ وَجْهُ الْجَارِيَةِ لِخَجَلٍ أَوْ تَعَبٍ ، أَوْ تَسَوَّدَ شَعْرُهَا بِشَيْءٍ وَقَعَ

(٦) الظَّهْرُ : الْمَرْضَعَةُ لِغَيْرِ وَلَدِهَا .

(٧) فِي م : « تَذْيِهَا » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « الْجَانَيْنِ » .

عليه ، فقال القاضي : له الرُّدُّ أيضا ؛ لِدَفْعِ الضَّرَرِ اللَّاحِقِ بِالْمُشْتَرِي ، وَالضَّرَرُ وَاجِبُ الدَّفْعِ ، سَوَاءَ قَصَدَ أَوْ لَمْ يَقْصِدْ ، فَأَشْبَهَ الْعَيْبَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُثَبَّتَ الْخِيَارُ لِحُمْرَةِ وَجْهٍ بِحَجَلٍ أَوْ تَعَبٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ ذَلِكَ ، فَيَتَعَيَّنُ ظَنُّهُ مِنْ خِلْقَتِهِ الْأَصْلِيَّةِ طَمَعًا ، فَأَشْبَهَ سَوَادَ أَنْامِلِ الْعَبْدِ .

فصل : فَإِنْ عَلَفَ الشَّاةَ فَمَلَأَ خَوَاصِرَهَا ، وَظَنَّ الْمُشْتَرِي أَنَّهَا حَامِلٌ ، أَوْ سَوَدَ أَنْامِلُ الْعَبْدِ أَوْ ثَوْبُهُ ، يُوْهِمُ أَنَّهُ كَاتِبٌ أَوْ حَدَادٌ ، أَوْ كَانَتْ الشَّاةُ عَظِيمَةَ الضَّرْعِ خِلْقَةً ، فَظَنَّ أَنَّهَا كَثِيرَةُ اللَّبَنِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يَتَعَيَّنُ لِلْجِهَةِ الَّتِي ظَنَّهَا ؛ فَإِنَّ امْتِلَاءَ الْبَطْنِ قَدْ يَكُونُ لِأَكْلِ أَوْ شُرْبٍ أَوْ غَيْرِهِمَا ، وَسَوَادُ أَنْامِلِ الْعَبْدِ قَدْ يَكُونُ لَوَلَعٍ بِالْذَّوَاةِ ، أَوْ لَكَوْنِهِ شَارِعًا فِي الْكِتَابَةِ ، أَوْ غُلَامًا لِكَاتِبٍ ، فَحُمْلُهُ عَلَى أَنَّهُ كَاتِبٌ مِنْ بَابِ الطَّمَعِ ، فَلَا يُثَبَّتُ خِيَارًا .

فصل : وَإِذَا أَرَادَ إِمْسَاكَ الْمُدْلَسِ ، وَأَخَذَ الْأَرْضَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَرْضٌ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ / لم يجعل له في المصتراة أرضًا ، وَإِنَّمَا خَيْرُهُ فِي شَيْئَيْنِ ، قَالَ : « إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ » . وَلِأَنَّ الْمُدْلَسَ لَيْسَ بِعَيْبٍ ، فَلَمْ يَسْتَحَقِّقْ مِنْ أَجْلِهِ عَوْضًا . وَإِنْ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الرُّدُّ بِتَلَفٍ ، فَعَلِيهِ الثَّمَنُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الرُّدُّ فِيمَا لَا أَرْضَ لَهُ ، فَأَشْبَهَ غَيْرَ الْمُدْلَسِ . وَإِنْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِالتَّدْلِيسِ ، فَلَهُ رَدُّهُ وَرَدُّ أَرْضِ الْعَيْبِ عِنْدَهُ ، وَأَخَذُ الثَّمَنِ . وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ . وَإِنْ عَلِمَ التَّدْلِيسَ ، فَتَصَرَّفَ فِي الْمَبِيعِ ، بَطَلَ رَدُّهُ ، كَمَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي الْمَبِيعِ الْمَعِيبِ . وَإِنْ أَخَّرَ الرُّدَّ مِنْ غَيْرِ تَصَرُّفٍ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ تَأْخِيرِ رَدِّ الْمَعِيبِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

ظ ٢٢٥/٤

٧٤١ - مسألة ؛ قَالَ : (وَإِذَا اشْتَرَى أَمَةً ثَيِّبًا ، فَأَصَابَهَا ، أَوْ اسْتَغْلَاهَا ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ ، كَانَ مُخِيرًا بَيْنَ أَنْ يَرُدَّهَا وَيَأْخُذَ الثَّمَنَ كَامِلًا ؛ لِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ ، وَالْوُطْءَ كَالْخِدْمَةِ ، وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ مَا بَيْنَ الصَّحَّةِ وَالْعَيْبِ)

فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فُصُولٌ خَمْسَةٌ :

أَحَدُهَا ، أَنْ مَنْ عَلِمَ بِسِلْعَتِهِ عَيْبًا ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا ، حَتَّى يُبَيِّنَهُ لِلْمُشْتَرِي . فَإِنْ لَمْ

يُيَسِّرُهُ فَهُوَ آثِمٌ عَاصِرٌ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لَمَّا رَوَى حَكِيمُ بْنُ حِزَامٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيْنَا بُورِكَ لَهُمَا ، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَّ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ ، لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا إِلَّا بَيْنَهُ لَهُ » . وَقَالَ : « مَنْ بَاعَ عَيْبًا لَمْ يُبَيِّنْهُ ، لَمْ يَزَلْ فِي مَقْتِ اللَّهِ ، وَلَمْ تَزَلِ الْمَلَائِكَةُ تَلْعَنُهُ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ^(٢) . وَرَوَى التِّرْمِذِيُّ ^(٣) ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » . وَقَالَ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَالْعَمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، كَرِهُوا الْغِشَّ ، وَقَالُوا : هُوَ حَرَامٌ . فَإِنْ بَاعَهُ ، وَلَمْ يُبَيِّنْهُ ، فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ مَنَّهُ عَنْهُ . وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي الْفَسَادَ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ التَّصْرِيفِ ، وَصَحَّحَ الْبَيْعَ مَعَهَا ^(٤) . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ قِيلَ لَهُ : مَا تَقُولُ فِي الْمُصْرَاةِ ؟ فَلَمْ يَذْكُرْ جَوَابًا .

الفصل الثاني ، أَنَّهُ مَتَى عَلِمَ بِالْمَبِيعِ عَيْبًا ، لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِهِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْإِمْسَاكِ وَالْفَسْخِ ، سِوَاءِ كَانَ الْبَائِعُ عَلِمَ الْعَيْبَ وَكَتَمَهُ ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . لَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِثْبَاتُ النَّبِيِّ ﷺ الْخِيَارَ بِالتَّصْرِيفِ تَنْبِيْهُ عَلَى ثُبُوتِهِ بِالْعَيْبِ . وَلِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ مِنَ الْعَيْبِ ؛ بِدَلِيلِ مَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ اشْتَرَى مَمْلُوكًا فَكَتَبَ : « هَذَا مَا اشْتَرَى مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ مِنَ الْعَدَاءِ بْنِ خَالِدٍ ، اشْتَرَى مِنْهُ عَبْدًا ، أَوْ أَمَةً ، لَا ذَايَ بِهِ ، وَلَا غَائِلَةَ ، بَيْعُ الْمُسْلِمِ الْمُسْلِمَ » ^(٥) . فَثَبَّتَ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٢) في : باب من باع عيبا فليبينه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٥/٢ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١١١ .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٧٦/٣ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كتابة الشروط ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٢١/٥ . وابن ماجه ، في : باب شراء الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٦/٢ .

أَنْ يَبْعَ الْمُسْلِمُ اقْتَضَى السَّلَامَةَ . وَلِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةَ ، وَالْعَيْبُ حَادِثٌ أَوْ مُخَالِفٌ لِلظَّاهِرِ ، فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يُحْمَلُ عَلَيْهَا ، فَمَتَى فَاتَتْ فَاتَ بَعْضُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ أَخْذُهُ بِالْعَوَضِ^(٦) ، وَكَانَ لَهُ الرَّدُّ ، وَأَخْذُ الثَّمَنِ كَامِلًا .

فصل : خِيَارُ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ عَلَى التَّرَاخِي ، فَمَتَى عَلِمَ الْعَيْبُ ، فَأَخَّرَ الرَّدُّ ، لَمْ يَبْطُلْ خِيَارُهُ ، حَتَّى يُوجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي شَيْئًا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ فِيهِ رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ عَلَى التَّرَاخِي . وَالثَّانِيَةِ ، هُوَ عَلَى الْفَوْرِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، فَمَتَى عَلِمَ الْعَيْبُ ، فَأَخَّرَ رَدَّهُ مَعَ إِمْكَانِهِ ، بَطَلَ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِهِ^(٧) ، فَاسْقَطَ خِيَارُهُ ، كَالْتَصَرُّفِ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ لِدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فَكَانَ عَلَى التَّرَاخِي ، كَالْقِصَاصِ ، وَلَا نُسَلِّمُ دَلَالََةَ الْإِمْسَاكِ عَلَى الرِّضَا بِهِ .

الفصل الثالث ، أَنَّهُ لَا يَخْلُو الْمَبِيعُ مِنْ أَنْ يَكُونَ بِحَالِهِ ، فَإِنَّهُ يُرَدُّهُ وَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ ، أَوْ يَكُونُ قَدْ زَادَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ جُعِلَتْ لَهُ فَائِدَةٌ ، فَذَلِكَ قِسْمَانِ : أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَةً ، كَالسَّمَنِ ، وَالْكَبْرِ ، وَالتَّعْلَمِ ، وَالْحَمْلِ قَبْلَ الْوَضْعِ ، وَالثَّمَرَةِ قَبْلَ التَّأْيِيرِ ، فَإِنَّهُ يُرَدُّهَا بِنَمَائِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَتَّبِعُ فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ مُنْفَصِلَةً ، وَهِيَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ مِنْ غَيْرِ عَيْنِ الْمَبِيعِ ، كَالْكَسْبِ ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ : « أَوْ اسْتَغْلَاهَا » . يَعْنِي أَخَذَ غَلَّتْهَا ، وَهِيَ مَنَافِعُهَا الْحَاصِلَةُ مِنْ جِهَتَيْهَا ، كَالْخِدْمَةِ / ، وَالْأَجْرَةِ ، وَالْكَسْبِ ، وَكَذَلِكَ مَا يُوهَبُ أَوْ يُوصَى لَهُ بِهِ ، فَكُلُّ ذَلِكَ لِلْمُشْتَرِي فِي مُقَابَلَةِ ضَمَانِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَوْ هَلَكَ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ »^(٨) . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَقَدْ رَوَى ابْنُ مَاجَهَ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عِمَارٍ ، عَنْ مُسْلِمِ بْنِ خَالِدٍ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَى عَبْدًا ،

ظ ٢٢٦/٤

(٦) فِي م : « بِالْعَرُوضِ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٣ .

فَاسْتَعْلَهُ مَا شَاءَ اللَّهُ ، ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهُ اسْتَعَلَ غُلَامِي ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ » . وَرَوَاهُ ^(٩) أَبُو دَاوُدَ وَالشَّافِعِيُّ ^(١٠) ، وَرَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » عَنْ مُسْلِمٍ ، بِهَذَا الْإِسْنَادِ ، وَقَالَ فِيهِ ^(١١) : « الْعَلَّةُ بِالضَّمَانِ » ^(١٢) . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَلَا نَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . وَالتَّوَعُّ الثَّانِي ، أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ مِنْ عَيْنِ الْمَبِيعِ ، كَالْوَلَدِ ، وَالثَّمَرَةِ ، وَاللَّبَنِ ، فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي أَيْضًا ، وَيُرَدُّ الْأَصْلُ ذُوئِهَا . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ النَّمَاءُ ثَمَرَةً لَمْ يَرُدَّهَا ، وَإِنْ كَانَ وَلَدًا رَدَّهُ مَعَهَا ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ حُكْمٌ ، فَسَرَى إِلَى الْوَلَدِ ^(١٣) كَالكِتَابَةِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : النَّمَاءُ الْحَادِثُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ الرَّدَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ رَدُّ الْأَصْلِ بُدُونَهُ ، لِأَنَّهُ مِنْ مُوجِبِهِ ، فَلَا يُرْفَعُ الْعَقْدُ مَعَ بَقَاءِ مُوجِبِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ رَدُّهُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْعَقْدُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَادِثٌ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي ، فَلَمْ يَمْنَعِ الرَّدَّ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَكَالْكَسْبِ . وَلِأَنَّهُ نَمَاءٌ مُنْفَصِلٌ ، فَجَازَ رَدُّ الْأَصْلِ بُدُونَهُ ، كَالْكَسْبِ وَالثَّمَرَةِ عِنْدَ مَالِكٍ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ النَّمَاءُ مُوجِبُ الْعَقْدِ . غَيْرُ صَحِيحٍ ، إِنَّمَا مُوجِبُهُ الْمِلْكُ ، وَلَوْ كَانَ مُوجِبًا لِلْعَقْدِ لَعَادَ إِلَى الْبَائِعِ بِالْفَسْخِ . وَقَوْلُ مَالِكٍ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَيْسَ بِمَبِيعٍ ، فَلَا يُمَكِّنُ رَدُّهُ بِحُكْمِ رَدِّ الْأُمِّ . وَيَبْطُلُ مَا ذَكَرَهُ بِنَقْلِ الْمِلْكِ بِالْهَبَةِ ، وَالْبَيْعِ ، وَغَيْرِهِمَا ، فَإِنَّهُ لَا يَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ بِوُجُودِهِ فِي الْأُمِّ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ نَقَصَ ، فَهَذَا نَذْكُرُ حُكْمَهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

الفصل الرابع ، إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ جَارِيَةً ثَيِّبًا فَوُطِّئَهَا الْمُشْتَرِي قَبْلَ عِلْمِهِ بِالْعَيْبِ ،

(٩) فِي م : « رَوَاهُ » .

(١٠) انظر : ترتيب مسند الشافعي ١٤٤/٢ ، فِي الْبَابِ الْأَوَّلِ فِيمَا نَهَى عَنْهُ مِنَ الْبَيْعِ وَأَحْكَامِ آخَرٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٢) وَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ بِهَذَا اللَّفْظِ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٨٠/٦ ، ١١٦ ، ١٦١ .

(١٣) فِي م : « وَلَدَهَا » .

٢٢٧/٤ و
 فله رَدُّها ، وليس معها شيءٌ . ورُوِيَ ذلك عن زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ . وبه قال مالِكُ ،
 والشَّافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، / وعُثْمَانُ بْنُ الْبُنِيِّ . وعن أحمدَ روايةٌ أُخْرَى ؛ أَنَّهُ يَمْنَعُ الرَّدَّ .
 ويُرْوَى ذلك عن عَلِيِّ بْنِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وبه قال الزُّهْرِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، وأبو حنيفةٌ ،
 وإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ يَجْرِي مَجْرَى الْجِنَايَةِ ، لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو فِي مِلْكِ الْغَيْرِ مِنْ عُقُوبَةٍ ،
 أَوْ مَالٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يَمْنَعَ الرَّدَّ ، كما لو كانت بِكَرًا . وقال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِيُّ ،
 والنَّخَعِيُّ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وابنُ أَبِي لَيْلَى : يَرُدُّها ، ومعها أَرْضٌ . واخْتَلَفُوا
 فِيهِ ؛ فَقَالَ شُرَيْحٌ ، والنَّخَعِيُّ : نِصْفُ عَشْرِ ثَمَنِهَا . وقال الشَّعْبِيُّ : حُكُومَةٌ . وقال
 ابنُ المُسَيَّبِ : عَشْرَةُ دَنَانِيرَ . وقال ابنُ أَبِي لَيْلَى : مَهْرُ مِثْلِهَا . وَحُكِيَ نَحْوُ قَوْلِهِ
 عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ ؛
 لِأَنَّهُ إِذَا فَسَخَ صَارَ واطئًا فِي مِلْكِ الْغَيْرِ ، لَكُونِ الْفَسْخِ رَفْعًا لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ . وَلَنَا ،
 أَنَّهُ مَعْنَى لَا يَنْقُصُ عَيْنُهَا ، وَلَا قِيَمَتُهَا ، وَلَا يَتَضَمَّنُ الرِّضَا بِالْعَيْبِ ، فَلَا (١٤) يَمْنَعُ
 الرَّدَّ ، كَالِاسْتِخْدَامِ ، وَكَوَطْءِ الزَّوْجِ . وَمَا قَالُوهُ يَبْطُلُ بِوَطْءِ الزَّوْجِ ، وَوَطْءُ
 الْبِكْرِ يَنْقُصُ ثَمَنَهَا . وَقَوْلُهُمْ : يَكُونُ واطئًا فِي مِلْكِ الْغَيْرِ . لَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ
 الْفَسْخَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ حِينِهِ ، لَا مِنْ أَصْلِهِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَا يُبْطَلُ الشُّفْعَةُ ، وَلَا يُوجِبُ
 رَدَّ الْكَسْبِ ، فَيَكُونُ وَطْؤُهُ فِي مِلْكِهِ .

فصل : ولو اشترى مُزَوَّجَةً ، فَوَطَّئَهَا الزَّوْجُ ، لم يَمْنَعْ ذلك الرَّدَّ . بغيرِ خلافٍ
 نَعْلَمُهُ . فَإِنْ زَوَّجَهَا الْمُشْتَرِي ، فَوَطَّئَهَا الزَّوْجُ ، ثُمَّ أَرَادَ رَدَّهَا بِالْعَيْبِ ، فَإِنْ كَانَ
 ذَلِكَ النِّكَاحُ بَاقِيًا فَهُوَ عَيْبٌ حَادِثٌ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ زَالَ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ وَطْءِ السَّيِّدِ .
 وَقَدْ اسْتَحْسَنَ أَحْمَدُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَمْنَعُ الرَّدَّ . وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ؛
 إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ هَذَا ، وَبَيْنَ وَطْءِ السَّيِّدِ . وَإِنْ زَنَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، وَلَمْ يَكُنْ عَرَفَ
 ذَلِكَ مِنْهَا ، فَهُوَ عَيْبٌ حَادِثٌ ، حُكْمُهُ حُكْمُ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « فَلَمْ » .

عَيًّا بِكُلِّ حَالٍ ؛ لَأَنَّهُ لَرَمَهَا حُكْمُ الزَّيِّ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي .

الفصل الخامس ؛ أَنَّهُ إِذَا اخْتَارَ الْمُشْتَرِي إِمْسَاكَ الْمَعِيبِ ، وَأَخَذَ الْأَرْضَ ^(١٥) ،
فَلَهُ ذَلِكَ . وَهَذَا قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لَهُ إِلَّا الْإِمْسَاكُ ،
أَوْ الرَّدُّ ، وَلَيْسَ لَهُ أَرْضٌ ، إِلَّا أَنْ / يَتَعَذَّرَ رَدُّ الْمَبِيعِ ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ لِلْمُشْتَرِي
الْمُضَرَّةَ الْخِيَارَ بَيْنَ الْإِمْسَاكِ مِنْ غَيْرِ أَرْضٍ ، أَوْ الرَّدِّ . وَلَأَنَّهُ يَمْلِكُ الرَّدَّ ، فَلَمْ يَمْلِكْ
أَخْذَ جُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ ، كَالَّذِي لَهُ الْخِيَارُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ ، فَكَانَ
لَهُ الْأَرْضُ ، كَمَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ . وَلَأَنَّهُ فَاتَ عَلَيْهِ جُزْءٌ مِنَ الْمَبِيعِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ
بِعَوَضِهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَشْرَةَ أَقْفَازَةٍ ، فَبَايَتْ تِسْعَةً ، أَوْ كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ ؛ فَأَمَّا
الْمُضَرَّةُ فَلَيْسَ فِيهَا عَيْبٌ ، وَإِنَّمَا مَلَكَ الْخِيَارَ بِالتَّدْلِيلِ ، لَا لِفَوَاتِ جُزْءٍ ، وَلِذَلِكَ
لَا يَسْتَحِقُّ أَرْضًا إِذَا امْتَنَعَ الرَّدُّ عَلَيْهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَمَعْنَى أَرْضِ الْعَيْبِ أَنْ يَقُومَ
الْمَبِيعُ صَحِيحًا ، ثُمَّ يَقُومَ مَعِيًّا ، فَيُؤْخَذَ قِسْطُ مَا بَيْنَهُمَا مِنَ الثَّمَنِ ، فَيُنْسَبُ إِلَى الثَّمَنِ
نِسْبَةُ النُّقْصَانِ بِالْعَيْبِ مِنَ الْقِيَمَةِ ، مِثَالُهُ أَنْ يَقُومَ الْمَعِيبُ صَحِيحًا بِعَشْرَةٍ ، وَمَعِيًّا
بِتِسْعَةٍ ، وَالثَّمَنُ خَمْسَةَ عَشَرَ ، فَقَدْ نَقَصَهُ الْعَيْبُ عَشَرَ قِيَمَتِهِ ، فَيَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ
بِعَشْرِ الثَّمَنِ ، وَهُوَ دِرْهَمٌ وَنِصْفٌ . وَعِلَّةُ ذَلِكَ أَنَّ الْمَبِيعَ مَضْمُونٌ عَلَى الْمُشْتَرِي
بِثَمَنِهِ ، فَفَوَاتُ جُزْءٍ مِنْهُ يُسْقِطُ عَنْهُ ضَمَانَ مَا قَابَلَهُ مِنَ الثَّمَنِ أَيْضًا . وَلِأَنَّا لَوْ ضَمَّنَاهُ
نَقْصَ الْقِيَمَةِ ، أَفْضَى إِلَى اجْتِمَاعِ الثَّمَنِ وَالثَّمَنِ لِلْمُشْتَرِي ، فِيمَا إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا
بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ ، فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا يَنْقُصُهُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيهِ بِعَشْرَةٍ وَقِيَمَتُهُ
عِشْرُونَ ، فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا يَنْقُصُهُ عَشْرَةً ، فَأَخَذَهَا ، حَصَلَ لَهُ الْمَبِيعُ ، وَرَجَعَ بِثَمَنِهِ .
وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ الْخِرَاقِيِّ : « أَوْ يَأْخُذُ مَا بَيْنَ الصَّحَّةِ وَالْعَيْبِ » . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى مَا
ذَكَرْنَاهُ . وَذَكَرَهُ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ ، فَقَالَ : يَرْجِعُ بِقِيَمَةِ الْعَيْبِ فِي الثَّمَنِ يَوْمَ اشْتَرَاهُ .
قَالَ أَحْمَدُ : هَذَا أَحْسَنُ مَا سَمِعْتُ .

(١٥) فِي م : « الْأَرْضُ » .

٧٤٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ بِكَرًّا ، فَأَرَادَ رَدُّهَا ، كَانَ عَلَيْهِ مَا نَقَصَهَا)

يعنى الأمة البكر إذا وطئها المشتري ، ثم ظهر على عيب ، فردّها ، كان عليه أن يرُدَّ معها أرش النقص . وعن أحمد في جواز ردّها روايتان ؛ إحداهما ، لا يرُدّها ، ويأخذ أرش العيب . وبه / قال ابن سيرين ، والزهرى ، والثوري ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وإسحاق . قال ابن أبي موسى : وهو الصحيح عن أحمد . والرواية الثانية ، يرُدّها ، ويرُدُّ معها شيئاً . وبه قال شريح ، وسعيد بن المسيب ، والنخعي ، والشعبي ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، وأبو ثور . والواجب ردُّ ما نقص قيمتها الوطاء^(١) ، فإذا كانت قيمتها بكرًا عشرة ، وثيًّا ثمانية ، ردَّ دينارين ؛ لأنه يفسخ العقد يصير مضمونًا عليه بقيمته ، بخلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري . وهذا قول مالك ، وأبي ثور . وقال شريح ، والنخعي : يرُدُّ عشر ثمنها . وقال سعيد ابن المسيب : يرُدُّ عشرة دنانير . وما قلناه أولى ، إن شاء الله تعالى . واحتج من منع ردّها بأن الوطاء نقص عينها وقيمتها ، فلم يملك ردّها ، كما [إذا]^(٢) اشترى عبداً فخصاه ، فنقصت قيمته . ولنا ، أنه عيبٌ حدث عند أحد المتبايعين لا لاستعلام^(٣) ، فثبت الخيار ، كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض .

فصل : وكل مبيع كان معيباً ، ثم حدث به عند المشتري عيب آخر ، قبل علمه^(٤) بالأول ، فعن أحمد رحمه الله فيه روايتان ؛ إحداهما ، ليس له الردُّ ، وله أرش العيب القديم . وبه قال الثوري ، وابن شبرمة ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن ابن سيرين ، والزهرى ، والشعبي ؛ لأن الردَّ يثبت^(٥) لإزالة الضرر ،

(١) في م : « بالوطء » .

(٢) تكملة يقتضيها المعنى .

(٣) في م : « للاستعلام » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في م : « ثبت » .

وفي الرَّد على البائع إضرار به ، ولا يُزال الضرر بالضرر . والثانية ، له الرَّد ، ويردُّ أرش العيب الحادث عنده ، ويأخذ الثمن . وإن شاء أمسكه ، وله الأرش . وبهذا قال مالك وإسحاق . وقال النخعي ، وحماد ابن أبي سليمان : يرده ونقصان العيب . وقال الحكم : يرده . ولم يذكر معه شيئا . ولنا ، حديث المصراة ؛ فإن النبي ﷺ أمر بردها بعد حلبها ، وردَّ عَوْضَ لَيْبِهَا^(٦) . واحتج أحمد بأن عثمان بن عفان رضي الله عنه قضى في الثوب ، إذا كان به عوار^(٧) ، برده وإن كان قد لبسه . ولأنه عيب حدث عند المشتري ، فكان له الخيار بين رد المبيع وأرشه ، وبين أخذ أرش العيب القديم ، كما لو كان حدوثه لاستعلام المبيع . ولأن / العيين ٢٢٨/٤ ظ قد استويا . ، والبائع قد دلَّس به ، والمشتري لم يدلس ، فكان رعاية جانبه أولى . ولأن الرَّد كان جائزا قبل حدوث العيب الثاني ، فلا يزول إلا بدليل ، وليس في المسألة إجماع ولا نص ، والقياس إنما يكون على أصل ، وليس لما ذكرناه أصل ، فيبقى الجواز بحاله . إذا ثبت هذا ، فإنه يرُدُّ أرش العيب الحادث عنده ؛ لأن المبيع بجملته مضمون عليه ، فكذلك أجزاؤه . وإن زال العيب الحادث عند المشتري ، رده ولا أرش معه ، على كلتا الروايتين . وبه قال الشافعي ؛ لأنه زال المانع ، مع قيام السبب المقتضي للرَّد ، فثبت حكمه . ولو اشترى أمة ، فحملت عنده ، ثم أصاب بها عيبا ، فالحمل عيب في الآدميات دون غيرها ؛ لأنه يمنع الوطء ويخاف منه التلُّف . فإن ولدت ، فالولد للمشتري . وإن نقصتها الولادة ، فذلك عيب أيضا . وإن لم تنقصها الولادة ومات الولد ، جاز ردها ؛ لأنه زال العيب ، وإن كان ولدها باقيا ، لم يكن له ردها دون ولدها ؛ لأن^(٨) ذلك تفريق بينهما ، وهو مُحَرَّم . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب في « مسائلهما » : له الفسخ فيها ، دون

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٦ .

(٧) العوار : مثلثة العين ، هو العيب والخرق والشق في الثوب . القاموس المحيط .

(٨) في الأصل زيادة : « في » .

وَلَدَهَا . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ وَلَدَتْ حُرًّا ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهَا دُونَ وَلَدِهَا . وَلَنَا ، عُمُومُ ^(٩) قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا ، فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » ^(١٠) . وَلِأَنَّهُ أَمَكَنَ دَفْعُ الضَّرَرِ بِأَخْذِ الْأَرْضِ ، أَوْ بَرْدٌ وَلَدِهَا مَعَهَا ، فَلَمْ يَجْزِ ارْتِكَابُ مَنْهِي الشَّرْعِ بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ أَرَادَ الْإِقَالَةَ فِيهَا دُونَ وَلَدِهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةٌ إِلَيْهِ . قُلْنَا : قَدْ انْدَفَعَتِ الْحَاجَةُ بِأَخْذِ الْأَرْضِ ، أَمَّا إِذَا وَلَدَتْ حُرًّا ، فَلَا سَبِيلَ إِلَى بَيْعِهِ مَعَهَا بِحَالٍ . وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ حَيَوَانًا غَيْرَ الْآدَمِيِّ ، فَحَدَّثَ بِهِ حَمْلٌ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَمْنَعْ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ . وَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْوَضْعِ ، وَلَمْ تَنْقُصْهُ الْوِلَادَةُ ، فَلَهُ إِمْسَاكُ الْوَلَدِ وَرَدُّ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيقَ بَيْنَهُمَا جَائِزٌ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ حَمْلِهَا قَبْلَ الْقَبْضِ ، أَوْ بَعْدَهُ . وَلَوْ اشْتَرَاهَا حَامِلًا ، فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى الْعَيْبِ / فَرَدَّهَا ، رَدُّ الْوَلَدِ مَعَهَا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الْمَبِيعِ ، وَالزِّيَادَةُ فِيهِ نَمَاءٌ مُتَّصِلٌ بِالْمَبِيعِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ سَمِنَتِ الشَّاةُ . فَإِنْ تَلَفَ الْوَلَدُ ، فَهُوَ كَتَعْيِبِ ^(١١) الْمَبِيعِ عِنْدَهُ . فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ الرَّدُّ . فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، إِنْ اخْتَارَ رَدُّ الْأُمِّ . وَعِنْدَ أَحْمَدَ ؛ أَنَّهُ لَا قِيمَةَ عَلَيْهِ لِلْوَلَدِ . وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الْبَائِعَ دَلَّسَ الْعَيْبَ . وَإِنْ نَقَصَتِ الْأُمُّ بِالْوِلَادَةِ ، فَهُوَ عَيْبٌ حَادِثٌ ، حُكْمُهُ حُكْمُ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ . وَيُمْكِنُ حَمْلُ كَلَامِ أَحْمَدَ عَلَى أَنَّ الْحَمْلَ لَا حُكْمَ لَهُ . وَهُوَ ^(١٢) أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ لِلشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ الْوَلَدُ حِينَئِذٍ لِلْمُشْتَرِي ، فَلَا يَلْزَمُهُ رَدُّهُ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، وَلَا قِيمَتُهُ إِنْ ^(١٣) كَانَ تَالِفًا . وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ ، وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) أخرجه الترمذی ، فی : باب ما جاء فی کراهیة الفرق بین الأخویین ... ، من أبواب البیوع ، وفی : باب فی کراهیة التفريق بین السبی ، من أبواب الیر . عارضة الأحوذی ٢٨٣/٥ ، ٦١/٧ . والدارمی ، فی : باب النهی عن التفريق بین الوالدة وولدها ، من کتاب السیر . سنن الدارمی ٢٢٨/٢ . والإمام أحمد ، فی : المسند ٤١٣/٥ ، ٤١٤ .

(١١) فی الأصل : « کتعیب » . وهما بمعنى .

(١٢) فی م : « وهذا » .

(١٣) فی الأصل : « إذا » .

فصل : وإن كان المبيع كاتباً أو صانعاً ، فنسب ذلك عند المشتري ، ثم وجد به عيباً ، فذلك عيب حادث عند المشتري ، حكمه حكم غيره من العيوب . وعن أحمد ، يردّه ، ولا يردّ معه شيئاً . وعَلَّله القاضي بأنّه ليس بنقص في العين ، ويمكن عَوْدُهُ بالتذكّر . قال : وعلى هذا لو كان سميّاً فهزل . والعيّاس ما ذكرناه ؛ فإن الصنّاعة^(١٤) والكتابة متقوّمَةٌ تُضمّن في العصب ، وتلزم بشرطها في البيع ، فأشبهت الأعيان والمنافع ، من السَّمْع والبَصَر والعَقْل ، وإمكان العود مُنتَقِضٌ بالسّن ، والبَصَر ، والحمل . ولعلّ ما رَوَى عن أحمد أراد به ، إذا دلّس البائع العيب .

فصل : وإذا تعيّب المبيع في يد البائع بعد العقد ؛ فإن كان المبيع من ضمانه ، فحكمه حكم العيب القديم ، وإن كان من ضمان المشتري ، فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض . فأما الحادث بعد القبض ، فهو من ضمان المشتري ، ولا يثبت به خيار . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك : عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ ، فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع ، إلّا في الجنون ، والجذام ، والبرص ، فإن ظهر إلى سنة ثبت الخيار ؛ لما رَوَى الحسن ، عن عُبَيْدَةَ ؛ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ عُهْدَةَ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ^(١٥) . وأنه إجماع أهل المدينة . ولأن الحيوان يكون فيه العيب ، ثم يظهر . ولنا ، أنه ظهر في يد المشتري ، ويجوز أن يكون حادثاً ، فلم يثبت به الخيار ، كسائر المبيع ، أو ما بعد الثلاثة والسنة / ، وحديثهم لا يثبت ؛ قال الإمام أحمد : ليس فيه حديث صحيح . وقال ابن المنذر : لا يثبت في العهدة حديث صحيح ، والحسن لم يلق عُبَيْدَةَ . وإجماع أهل المدينة ليس بحجة . والذاء

(١٤) في م : « الصياغة » .

(١٥) أخرجه أبو داود ، في : باب عهدة الرقيق ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٤ . وابن ماجه عن سمرة بن جندب ، في : باب عهدة الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٤ . والدارمي ، في : باب في الخيار والعهدة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٥١ .

الكامنُ لا عبرة به ، وإنما النقصُ بما ظهرَ لا بما كَمَنَ .

٧٤٣ - مسألة ؛ قال : (إَلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ دَلَّسَ الْعَيْبَ ، فَيَلْزِمُهُ رَدُّ الثَّمَنِ ، كَامِلًا . وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْمَبِيعِ)

مَعْنَى دَلَّسَ الْعَيْبَ : أَى كَتَمَهُ عَنِ الْمُشْتَرِي ، مَعَ عِلْمِهِ بِهِ . أَوْ : غَطَّاهُ عَنْهُ ، بِمَا يُوهِمُ الْمُشْتَرِي عَدَمَهُ . مُشْتَقٌّ مِنَ الدُّلْسَةِ ، وَهِيَ الظُّلْمَةُ . فَكَأَنَّ الْبَائِعَ يَسْتُرُ الْعَيْبَ . وَكِتْمَانُهُ^(١) جَعَلُهُ فِي ظُلْمَةٍ ، فَخَفِيَ عَنِ الْمُشْتَرِي ، فَلَمْ يَرَهُ ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ . وَسَوَاءٌ فِي هَذَا مَا عَلِمَ بِهِ فَكَتَمَهُ ، وَمَا سَتَرَهُ ، فَكِلَاهُمَا تَدْلِيسٌ حَرَامٌ ، عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ^(٢) . فَإِذَا فَعَلَهُ الْبَائِعُ ، فَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْمُشْتَرِي حَتَّى تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ ، فَلَهُ رَدُّ الْمَبِيعِ ، وَأَخْذُ ثَمَنِهِ كَامِلًا ، وَلَا أُرْشَ عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ كَانَ الْحَادِثُ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي ، كَوَطْءِ الْبَكْرِ ، وَقَطْعِ الثَّوْبِ ، أَوْ بِفِعْلِ آدَمِيٍّ آخَرَ ، مِثْلُ أَنْ يَجْنِيَ عَلَيْهِ جَانٍ ، أَوْ بِفِعْلِ الْعَبْدِ كَالسَّرِقَةِ وَالْإِبَاقِ ، أَوْ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى بِالْمَرَضِ وَنَحْوِهِ ، سَوَاءٌ كَانَ نَاقِصًا لِلْمَبِيعِ ، أَوْ مُذْهِبًا لْجَمِيعِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى عَبْدًا ، فَأَبْقَى مِنْ يَدِهِ ، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ إِبَاقَهُ كَانَ مَوْجُودًا فِي يَدِ الْبَائِعِ : يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْبَائِعِ ، بِجَمِيعِ الثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّ الْمُشْتَرِي ، وَيَتَّبَعُ^(٣) الْبَائِعُ عَبْدَهُ حَيْثُ كَانَ . وَهَذَا يُحْكَمُ عَنِ الْحَكَمِ ، وَمَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ غَرَّهُ بِحُرِّيَّةِ أَمَةٍ . وَظَاهِرُ حَدِيثِ الْمُصَرَّاقِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَا حَدَّثَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ دَلَّسَ الْبَائِعُ الْعَيْبَ ، أَوْ لَمْ يُدْلِسْهُ ، فَإِنَّ التَّصْرِيحَ تَدْلِيسٌ ، وَلَمْ يُسْقِطْ عَنِ الْمُشْتَرِي ضَمَانُ اللَّبَنِ ، بَلْ ضَمَّنَهُ بِصَاعٍ مِنَ التَّمْرِ ، مَعَ كَوْنِهِ قَدْ نَهَى عَنِ التَّصْرِيحِ ، وَقَالَ : « يَبِيعُ الْمُحَفَّلَاتِ خِلَابَةً ، وَلَا تَحِلُّ الْخِلَابَةُ لِمُسْلِمٍ »^(٤) . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْحَرَاجُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ كَتَمَانَهُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « بَيْنَا » .

(٣) فِي م : « وَيَتَّبَعُ » . تَحْرِيفٌ .

(٤) تَقْدِمْ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢١٦ .

بِالضَّمَانِ «^(٥) . يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَنْ لَهُ الْخَرَجُ فَعَلِيهِ الضَّمَانُ ؛ لَكَوْنِهِ جَعَلَ الضَّمَانُ عِلَّةً لَوْجُوبِ الْخَرَجِ لَهُ ^(٦) . فَلَوْ كَانَ ضَمَانُهُ عَلَى الْبَائِعِ لَكَانَ الْخَرَجُ لَهُ ؛ لَوْجُوبِ عِلَّتِهِ ، وَلِأَنَّ وَجُوبَ الضَّمَانِ عَلَى الْبَائِعِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِنَصٍّ ، أَوْ إِجْمَاعٍ ، أَوْ قِيَاسٍ ، وَلَا نَعْلَمُ فِي / هَذَا نَصًّا وَلَا إِجْمَاعًا ، وَالْقِيَاسُ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى أَصْلٍ ، وَلَا نَعْلَمُ لِهَذَا أَصْلًا . وَلَا يُشَبِّهُ هَذَا التَّغْرِيرَ بِحُرِّيَةِ الْأَمَةِ فِي النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَيِّدَ الْأَمَةِ ، وَهَهُنَا لَوْ كَانَ التَّدْلِيلُ مِنْ وَكِيلِ الْبَائِعِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ .

فصل : فِي مَعْرِفَةِ الْعُيُوبِ ؛ وَهِيَ النَّقَائِصُ الْمَوْجِبَةُ لِنَقْصِ الْمَالِيَّةِ ^(٧) فِي عَادَاتِ التُّجَّارِ ^(٨) ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ إِنَّمَا صَارَ مَحَلًّا لِلْعَقْدِ بِاعْتِبَارِ صِفَةِ الْمَالِيَّةِ ، فَمَا يُوجِبُ نَقْصًا فِيهَا يَكُونُ ^(٩) عَيْبًا ، وَالْمَرْجِعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعَادَةِ فِي عُرْفِ أَهْلِ هَذَا ^(١٠) الشَّانِ ، وَهُمْ التُّجَّارُ . فَالْعُيُوبُ فِي الْخَلْقَةِ ؛ كَالْجُنُونِ ، وَالْجُدَامِ ، وَالْبَرَصِ ، وَالْعَمَى ^(١١) ، وَالْعَوَرِ ، وَالْعَرَجِ ، وَالْعَقْلِ ^(١٢) ، وَالْقَرْنِ ^(١٣) ، وَالْفَتْقِ ^(١٤) ، وَالرَّتْقِ ^(١٥) ،

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣ .

(٦) فِي النسخ : « عَلَيْهِ » .

(٧ - ٧) سقط من : م .

(٨) سقط من : م .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) الْعَمَى : عَمِيَ فِي الْمَنْطِقِ عَيْبًا : حَصَرَ . لِسَانُ الْعَرَبِ (ع ي ي) .

(١١) الْعَقْل : شَيْءٌ مَدُورٌ يَخْرُجُ بِالْفَرْجِ . لِسَانُ الْعَرَبِ (ع ف ل) .

(١٢) الْقَرْن : شَبِيهُ الْعَقْلَةِ ، وَقِيلَ : هُوَ كَالنُّتُوءِ فِي الرَّجَمِ ، يَكُونُ فِي النِّسَاءِ وَالشَّاءِ وَالْبَقَرِ . وَالْقَرْنُ بِالسُّكُونِ

اسْمُ الْعَقْلَةِ ، وَالْقَرْنُ بِالْفَتْحِ ، اسْمُ الْعَيْبِ . لِسَانُ الْعَرَبِ (ق ر ن) .

(١٣) الْفَتْقَاء : هِيَ الْمَرْأَةُ الَّتِي صَارَ مَسْلُكُهَا وَاحِدًا . لِسَانُ الْعَرَبِ (ف ت ق)

(١٤) الرَّتْقُ : بِالتَّحْرِيكِ مَصْدَرُ قَوْلِكَ : رَتَقْتَ الْمَرْأَةَ رَتَقًا ، وَهِيَ رَتْقَاءُ بَيْنَ الرَّتْقِ : التَّصَقُّ خَتَانَهَا فَلَمْ تُثَلِّ لَارْتِنَاقِ

ذَلِكَ الْمَوْضِعِ مِنْهَا ، فَهِيَ لَا يَسْتَطَاعُ جَمَاعُهَا . لِسَانُ الْعَرَبِ (ر ت ق) .

والقَرَع^(١٥) ، والصَّمَم ، والطَّرَش^(١٦) ، والحَرَس ، وسائر المَرَض ،
والأَصْبَع الزَّائِدَة والنَّاقِصَة ، والحَوَل ، والْخَوْص^(١٧) ، والسَّبَل ، وهو زِيَادَة في
الأَجْفَان ، والتَّخْنِيث^(١٨) ، وَكَوْنُهُ خُنْثَى ، والْخِصَاء ، والتَّزْوِج في الأَمَة ،
والبَّخَر^(١٩) فيها . وهذا كُلُّهُ قَوْلُ أُمِّي حَنِيفَة الشَّافِعِي . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . قَالَ
ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي الْجَارِيَةِ تُشْتَرَى وَلَهَا زَوْجٌ ،
أَنَّهُ عَيْبٌ . وَكَذَلِكَ الدِّينُ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ إِذَا كَانَ السَّيِّدُ مُعْسِرًا ، وَالْجِنَايَةُ الْمُوجِبَةُ
لِلْقَوْدِ ؛ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ صَارَتْ كَالْمُسْتَحَقَّةِ لَوْجُوبِ الدَّفْعِ فِي الْجِنَايَةِ وَالْبَيْعِ فِي الدِّينِ ،
وَمُسْتَحَقَّةٌ لِلْإِتْلَافِ بِالْقِصَاصِ ، وَالزَّئِي وَالْبَخْرُ عَيْبٌ^(٢٠) فِي الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ جَمِيعًا .
وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِي . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ ذَلِكَ^(٢٠) بِعَيْبٍ فِي الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يُرَادُ لِلْفِرَاشِ وَالِاسْتِمْتَاعِ بِهِ ، بِخِلَافِ الْأَمَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ يَنْقُصُ قِيَمَتَهُ
وَمَالِيَّتَهُ ، فَإِنَّهُ بِالزَّئِي يَتَعَرَّضُ لِإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ وَالتَّعْزِيرِ ، وَلَا يَأْمَنُهُ سَيِّدُهُ عَلَى عَائِلَتِهِ
وَحَرِيمِهِ ، وَالْبَخْرُ يُؤْذِي سَيِّدَهُ ، وَمَنْ جَالَسَهُ وَخَاطَبَهُ أَوْ سَارَهُ . وَأَمَّا السَّرِيقَةُ ،
وَالْإِبَاقُ ، وَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ ، فَهِيَ عُيُوبٌ فِي الْكَبِيرِ الَّذِي جَاوَزَ الْعَشْرَ . وَقَالَ
أَصْحَابُ أُمِّي حَنِيفَةَ : فِي الَّذِي يَأْكُلُ وَحْدَهُ وَيَشْرَبُ وَحْدَهُ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ
وإِسْحَاقُ : لَيْسَ بِعَيْبٍ فِيهِ حَتَّى يَحْتَلِمَ ؛ لِأَنَّ الْأَحْكَامَ تَتَعَلَّقُ بِهِ ، مِنَ التَّكْلِيفِ ،
وَوُجُوبِ الْحُدُودِ ، بِبُلُوغِهِ ، فَكَذَلِكَ / هَذَا . وَلَنَا ، أَنَّ الصَّبِيَّ الْعَاقِلَ

ظ ٢٣٠/٤

(١٥) القَرَع : قَرَعَ الرَّأْسَ ، وَهُوَ أَنْ يَصْلَعَ فَلَا يَبْقَى عَلَى رَأْسِهِ شَعْرٌ . وَقِيلَ : هُوَ ذَهَابُ الشَّعْرِ مِنْ دَاءٍ . لِسَانُ الْعَرَبِ (ق ر ع) .

(١٦) الطَّرَش : الصَّمَم . وَقِيلَ : هُوَ أَهْوَنُ الصَّمَمِ . لِسَانُ الْعَرَبِ (ط ر ش) .

(١٧) الْخَوْص : ضَيْقُ الْعَيْنِ وَصَغَرُهَا وَغَثُورُهَا ، رَجُلٌ أَخْوَصَ بَيْنَ الْخَوْصِ ، أَيْ غَاثَرِ الْعَيْنِ . لِسَانُ الْعَرَبِ (خ و ص) .

(١٨) التَّخْنِيث : خُنْثَ الرَّجُلُ كَلَامُهُ - بِالتَّنْقِيلِ - إِذَا شَبَّهَهُ بِكَلَامِ النِّسَاءِ لِينًا وَرَخَامَةً . تَاجُ الْعُرُوسِ (خ ن ث) .

(١٩) الْبَخْر : الرَّائِحَةُ الْمُتَغَيِّرَةُ مِنَ الْفَمِ . لِسَانُ الْعَرَبِ (ب خ ر) .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

يَتَحَرَّزُ مِنْ هَذَا عَادَةً ، كَتَحَرُّزِ الْكَبِيرِ ، فَوُجُودُهُ مِنْهُ فِي تِلْكَ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْبَوْلَ لِدَاءٍ فِي بَاطِنِهِ ، وَالسَّرِقَةَ وَالْإِبَاقَ لِحُبِّهِ فِي طَبْعِهِ ، وَحُدُّ ذَلِكَ بِالْعَشْرِ لِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ بِتَأْدِيبِ الصَّبِيِّ عَلَى تَرْكِ الصَّلَاةِ عِنْدَهَا ، وَالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ لِبُلُوغِهَا^(٢١) . فَأَمَّا مَنْ دُونَ ذَلِكَ فَتَكُونُ هَذِهِ الْأُمُورُ مِنْهُ لِضَعْفِ عَقْلِهِ ، وَعَدَمِ تَنْبِيئِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْعَبْدُ يَشْرَبُ الْخَمْرَ ، أَوْ يَسْكُرُ مِنَ النَّبِيدِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ عَلَيْهِ الْحَدَّ ، فَهُوَ كَالزَّانِي . وَكَذَلِكَ الْحُمُقُ الشَّدِيدُ ، وَالْإِسْطِطَالَةُ عَلَى النَّاسِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى التَّأْدِيبِ ، وَرُبَّمَا تَكَرَّرَ فَأَفْضَى إِلَى تَلْفِهِ ، وَلَا يَكُونُ عَيْبًا إِلَّا فِي الْكَبِيرِ دُونَ الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ مَنْسُوبٌ إِلَى فِعْلِهِ . وَعَدَمُ الْخِتَانِ لَيْسَ بِعَيْبٍ فِي الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفْتِ وَقْتُهُ ، وَلَا فِي الْأَمَةِ الْكَبِيرَةِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ : هُوَ عَيْبٌ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةُ أَلَمٍ ، فَأَشْبَهَتْ الْعَبْدَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَيْسَ بِوَاجِبٍ فِي حَقِّهَا ، وَالْأَلَمُ فِيهِ يَسِيرٌ لَا يُخْشَى مِنْهُ التَّلَفُ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْكَبِيرِ . فَأَمَّا الْعَبْدُ الْكَبِيرُ ، فَإِنْ كَانَ مَجْلُوبًا مِنَ الْكُفَّارِ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَيْبٍ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّهُمْ لَا يَخْتَتِنُونَ ، فَصَارَ ذَلِكَ مَعْلُومًا عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، فَهُوَ كَدَيْنِهِمْ . وَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا مَوْلَدًا ؛ فَهُوَ عَيْبٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يُخْشَى عَلَيْهِ مِنْهُ ، وَهُوَ خِلَافُ الْعَادَةِ .

فصل : وَالثُّيُوبَةُ لَيْسَتْ عَيْبًا ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَى الْجَوَارِي الثُّيُوبَةُ ، فَلَا إِطْلَاقَ لَا يَقْتَضِي خِلَافَهَا ، وَكَوْنُهَا مُحَرَّمَةً عَلَى الْمُشْتَرِي بِنَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ ، لَيْسَ بِعَيْبٍ ، إِذْ لَيْسَ فِي الْمَحَلِّ مَا يُوجِبُ خِلَافًا فِي الْمَالِيَّةِ ، وَلَا نَقْصًا ، وَإِنَّمَا التَّحْرِيمُ مُخْتَصٌّ بِهِ . وَكَذَلِكَ الْإِحْرَامُ وَالصِّيَامُ ؛ لِأَنَّهُمَا يَزُولَانِ قَرِيبًا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ لِهَذَا مُحَالَفًا . وَكَذَلِكَ عِدَّةُ الْبَائِنِ . وَأَمَّا عِدَّةُ الرَّجْعِيَّةِ فَهِيَ عَيْبٌ ؛ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ ، وَلَا يُؤْمَنُ ارْتِجَاعُهَا . وَمَعْرِفَةُ الْغِنَاءِ وَالْحِجَامَةِ لَيْسَتْ بِعَيْبٍ . وَحُكْيَ عَنْ مَالِكٍ ، فِي الْجَارِيَةِ الْمُغْنِيَّةِ ، أَنَّ ذَلِكَ عَيْبٌ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْغِنَاءَ

(٢١) تقدم تخريجه في : ٣٥٠/٢ .

مُحَرَّم . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِنَقْصٍ فِي عَيْنِهَا ، وَلَا قِيَمَتِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ عَيْنًا كَالصَّنَاعَةِ ،
/ وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْغِنَاءَ مُحَرَّمٌ ، وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ ، فَالْمُحَرَّمُ اسْتِعْمَالُهُ ، لَا مَعْرِفَتُهُ ،
وَالْعَسْرُ^(٢٢) لَيْسَ بِعَيْبٍ ، وَكَانَ شَرِيحٌ يُرَدُّ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَيْسَ بِنَقْصٍ ، وَعَمَلُهُ
بِإِخْدَى يَدَيْهِ يَقُومُ مَقَامَ عَمَلِهِ بِالْأُخْرَى ، وَالْكُفْرُ لَيْسَ بِعَيْبٍ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ عَيْبٌ ؛ لِأَنَّهُ نَقْصٌ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿ وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ
مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ﴾^(٢٣) . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَبْدَ يَكُونُ فِيهِمُ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ،
وَالْأَصْلُ فِيهِمُ الْكُفْرُ ، فَالْإِطْلَاقُ لَا يَقْتَضِي خِلَافَ ذَلِكَ ، وَكَوْنُ الْمُؤْمِنِ خَيْرًا مِنَ
الْكَافِرِ لَا يَقْتَضِي كَوْنَ الْكُفْرِ عَيْنًا ، كَمَا أَنَّ الْمُتَّقِيَ خَيْرٌ مِنْ غَيْرِهِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى :
﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾^(٢٤) . وَلَيْسَ عَدَمُ ذَلِكَ عَيْنًا . وَكَوْنُهُ وَلَدَ زِنَى
لَيْسَ بِعَيْبٍ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ ؛ لِأَنَّهُا
تُرَادُّ لِلْإِفْتِرَاشِ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّسَبَ فِي الرَّقِيقِ غَيْرُ مَقْصُودٍ ، بِدَلِيلِ
أَنَّهُمْ يُشْتَرُونَ مَجْلُوبِينَ ، غَيْرَ مَعْرُوفِي النَّسَبِ . وَكَوْنُ الْجَارِيَةِ لَا تُحْسِنُ الطَّبْخَ أَوْ
الْخَبْزَ أَوْ نَحْوَ هَذَا لَيْسَ بِعَيْبٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ حِرْفَةٌ ، فَلَمْ يَكُنْ فَوَائِهَا عَيْنًا ، كَسَائِرِ
الصَّنَائِعِ ، وَكَوْنُهَا لَا تَحِيضُ ، لَيْسَ بِعَيْبٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : هُوَ عَيْبٌ إِذَا كَانَ
لِكَبِيرٍ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا تَحِيضُ لَا تَحْمِلُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِطْلَاقَ لَا يَقْتَضِي الْحَيْضَ ، وَلَا
عَدَمَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ فَوَائِهَا عَيْنًا ، كَمَا لَوْ كَانَ لِغَيْرِ الْكَبِيرِ .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَطَ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ^(٢٥) صِفَةً مَقْصُودَةً مِمَّا لَا يُعَدُّ فَقْدُهُ
عَيْنًا ، صَحَّ اشْتِرَاؤُهُ ، وَصَارَتْ مُسْتَحَقَّةً ، يَثْبُتُ لَهُ خِيَارُ الْفَسْخِ عِنْدَ عَدَمِهَا ، مِثْلُ
أَنْ يَشْتَرِيَ مُسْلِمًا ، فَيَبِينُ كَافِرًا ، أَوْ يَشْتَرِيَ الْأَمَةَ بِكَرًا أَوْ جَعْدَةً أَوْ طَبَّاحَةً ، أَوْ ذَاتَ

(٢٢) الْعَسْرُ : الْعَمَلُ بِالشَّمَالِ ، دُونَ الْيَمِينِ .

(٢٣) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢١ .

(٢٤) سُورَةُ الْحَجَرَاتِ ١٣ .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « الْبَيْع » .

صَنَعَةٍ ، أو لَبَنٍ ، أو أَنَّهَا تَحِيضٌ ، أو يَشْتَرِطُ فِي الدَّائِيَةِ أَنَّهَا هِمْلَجَةٌ^(٢٦) ، أو فِي الْفَهْدِ أَنَّهُ صَيُودٌ ، وما أَشَبَّهُ هَذَا . فَمَتَى بَانَ خِلَافٌ مَا اشْتَرَطَهُ^(٢٧) ، فَلَهُ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ ، وَالرَّجُوعُ بِالثَّمَنِ ، أو الرِّضَابَةِ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ . لَا نَعْلَمُ بَيْنَهُمْ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ ، فَصَارَ بِالشَّرْطِ مُسْتَحَقًّا . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ صِفَةً غَيْرَ مَقْصُودَةٍ ، فَبَانَتْ بِخِلَافِهَا ، مِثْلَ أَنْ يَشْتَرِطَهَا سَبْطَةً^(٢٨) فَبَانَتْ جَعْدَةً ، أو جَاهِلَةً ، فَبَانَتْ عَالِمَةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ زَادَهُ خَيْرًا . وَإِنْ شَرَطَهَا / كَافِرَةً فَبَانَتْ مُسْلِمَةً ، أو ثِيْبًا ، فَبَانَتْ بِكَرًّا ، فَلَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ قَصْدٌ صَاحِبِيٌّ ، وَهُوَ أَنَّ طَالِبَ الْكَافِرَةِ أَكْثَرُ ؛ لِصَلَابَتِهَا لِلْمُسْلِمِينَ وَغَيْرِهِمْ ، أو لِيَسْتَرِيحَ مِنْ تَكْلِيفِهَا الْعِبَادَاتِ . وَقَدْ يَشْتَرِطُ الثَّيْبَ ؛ لِعَجْزِهِ عَنِ الْبِكْرِ ، أو لِيَبِيعَهَا لِعَاجِزٍ عَنِ الْبِكْرِ . فَقَدْ فَاتَ قَصْدُهُ . وَقِيلَ : لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ هَذَيْنِ زِيَادَةٌ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي الْبِكْرِ ، وَاخْتِيَارُ الْقَاضِي . وَاسْتَبْعَدَ كَوْنَهُ يَقْصِدُ الثُّيْبَةَ ، لِعَجْزِهِ عَنِ الْبِكْرِ ، وَلَيْسَ هَذَا بِبَعِيدٍ ، فَإِنَّهُ مُمَكِّنٌ ، وَالاشْتِرَاطُ يُدُلُّ عَلَيْهِ ، فَيَصِيرُ بِالذَّلِيلِ قَرِيبًا . وَإِنْ شَرَطَ الشَّاةَ لَبُونًا ، صَحَّ ، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ ، فَلَمْ يَجْزِ شَرْطُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَمْرٌ مَقْصُودٌ يَتَحَقَّقُ فِي الْحَيَوَانِ ، وَيَأْخُذُ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ ، فَصَحَّ اشْتِرَاؤُهُ ، كَالصَّنَاعَةِ فِي الْأُمَةِ ، وَالْهَمْلَجَةِ فِي الدَّائِيَةِ . وَإِنَّمَا لَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ مُفْرَدًا^(٢٩) ؛ لِلْجَهَالَةِ ، وَالْجَهَالَةُ تَسْقُطُ فِيمَا كَانَ تَبَعًا^(٣٠) ، وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَاهَا بِغَيْرِ شَرْطٍ ، صَحَّ بَيْعُهَا مَعَهُ ، وَكَذَلِكَ يَصِحُّ بَيْعُ أُسَاسَاتِ الْحَيْطَانِ وَالنَّوَى فِي التَّمْرِ مَعَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَجْزِ بَيْعُهُمَا^(٣١) مُفْرَدَيْنِ . وَإِنْ شَرَطَ أَنَّهَا تَحْلُبُ كُلَّ يَوْمٍ قَدْرًا مَعْلُومًا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِتَعَذُّرِ الْوَفَاءِ بِهِ ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ يَحْتَلِفُ ، وَلَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ . وَإِنْ شَرَطَهَا غَزِيرَةً

(٢٦) أَى : حَسَنَةُ السَّيْرِ فِي سُرْعَةٍ وَتَبَخْتَر .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « شَرَطَهُ » .

(٢٨) أَى : شَعْرَهَا مُسْتَرَسِلٌ لَا جَعُودَةَ فِيهِ .

(٢٩) فِي الْأَصْلِ : « مُفْرَدًا » .

(٣٠) فِي النَّسَخِ : « يَبِيعُ » . وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا أَثْبَتَاهُ .

(٣١) فِي م : « يَبِيعُهَا » .

اللَّبَنِ ، صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ يُمْكِنُ الْوَفَاءُ بِهِ . وَإِنْ شَرَطَهَا حَامِلًا ، صَحَّ . وقال القاضي :
 قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ . لَأَنَّ الْحَمْلَ لَا حُكْمَ لَهُ ؛ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ اللَّعَانُ عَلَى
 الْحَمْلِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ رِيحٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ صِفَةٌ مَقْصُودَةٌ يُمْكِنُ الْوَفَاءُ بِهَا ، فَصَحَّ شَرْطُهُ ،
 كَالصَّنَاعَةِ ، وَكَوْنِهَا لَبُونًا ، وَقَدْ بَيَّنَّا فِيمَا قَبْلُ أَنَّ لِلْحَمْلِ حُكْمًا ، وَلِذَلِكَ حَكَمَ النَّبِيُّ
 ﷺ فِي الدِّيَةِ بِأَرْبَعِينَ خَلْفَةً فِي بُطُونِهَا أَوْ لَأْدَهَا^(٣٢) . وَمَنَعَ أَخْذَ الْحَوَامِلِ فِي
 الزَّكَاةِ^(٣٣) ، وَمَنَعَ وَطْءَ الْحَبَالِيِّ الْمُسَيَّاتِ^(٣٤) ، وَجَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى عِدَّةَ الْحَامِلِ
 وَضَعَ حَمْلِهَا ، وَأَرْخَصَ لَهَا فِي^(٣٥) الْفِطْرِ فِي رَمَضَانَ إِذَا خَافَتْ عَلَى وَلَدِهَا ، وَمَنَعَ
 مِنَ الْاِقْتِصَاصِ مِنْهَا ، وَإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا مِنْ أَجْلِ حَمْلِهَا . وَظَاهِرُ الْحَدِيثِ الْمَرْوِيِّ
 فِي اللَّعَانِ ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا عَنَّا فِي حَالِ حَمْلِهَا ، فَانْتَفَى عَنْهُ وَلَدُهَا ، وَإِنْ شَرَطَ أَنَّهَا
 تَضَعُ الْوَلَدَ فِي وَقْتٍ بَعَيْنِهِ ، لَمْ يَصِحَّ وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لَأَنَّهُ / لَا يُمْكِنُ الْوَفَاءُ بِهِ ،
^(٣٦) وَإِنْ شَرَطَ أَنَّهَا لَا تَحْمِلُ ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْوَفَاءُ بِهِ^(٣٦) . وَقَالَ
 مَالِكٌ : لَا يَصِحُّ فِي الْمُتَرَفِّعَاتِ . وَيَصِحُّ فِي غَيْرِهِنَّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بَاعَهَا بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ
 مِنَ الْحَمْلِ ، فَلَمْ يَصِحَّ كَالْمُتَرَفِّعَاتِ . وَإِنْ شَرَطَهَا حَائِلًا^(٣٧) ، فَبَاءَتْ حَامِلًا ،

(٣٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي دِيَةِ الْخَطَا شِبْهِ الْعَمْدِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنْ أُنَى دَاوُدَ
 ٢ / ٤٩٢ ، ٥٠١ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ كَمْ دِيَةِ شِبْهِ الْعَمْدِ ، وَبَابِ ذِكْرِ الْاِخْتِلَافِ عَلَى خَالِدِ
 الْحِذَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ٣٦/٨ - ٣٨ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ دِيَةِ شِبْهِ الْعَمْدِ مَغْلُظَةً ، مِنْ
 كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنْ ابْنِ مَاجَهَ ٨٧٧/٢ ، ٨٧٨ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ الدِّيَةِ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ ، مِنْ كِتَابِ
 الدِّيَاتِ . سَنَنْ الدَّارِمِيِّ ١٩٧/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١١/٢ ، ١٠٣ .
 (٣٣) تَقْدِمُ فِي : ٤٥/٤ .

(٣٤) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ فِي كِرَاهِيَةِ أَكْلِ الْمَصْبُورَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الصَّيْدِ ، وَفِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ
 وَطْءِ الْحَبَالِيِّ مِنَ السَّبَايَا ، مِنْ أَبْوَابِ السَّيْرِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ، ٢٦٦/٦ ، ٥٩/٧ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ
 بَيْعِ الْمَغَانِمِ قَبْلَ أَنْ تَقْسَمَ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٢٦٥/٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٢٧/٤ .
 (٣٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٦ - ٣٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقْلُهُ نَظَرُ .

(٣٧) الْحَائِلُ : مِنْ كُلِّ أَشْيَى ، هِيَ الَّتِي لَمْ تَحْمَلْ .

فإن كان ذلك في الأمة ، فهو عَيْبٌ يَثْبُتُ الْفَسْخُ بِهِ ، وإن كان في غيرها ، فهو زيادةٌ لا يَسْتَحِقُّ بِهِ فَسْخًا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسْتَحَقَّ ؛ لَأَنَّهُ قَدْ يُرِيدُهَا لِسْفَرٍ ، أَوْ لِحَمَلِ شَيْءٍ لا يَتِمُّ مِنْهُ مَعَ الْحَمَلِ . وإن شَرَطَ الْبَيْضَ فِي الدَّجَاجَةِ ، فَقَدْ قِيلَ : لا يَصِحُّ ؛ لَأَنَّهُ لا عِلْمَ عَلَيْهِ ، يُعْرَفُ بِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ فِي الشَّرْعِ حُكْمٌ ، وَالْأَوَّلَى أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لَأَنَّهُ يُعْرَفُ بِالْعَادَةِ ، فَأَشْبَهَ اشْتِرَاطَ الشَّاةِ لَبُونًا . وَإِنْ اشْتَرَطَ الْهَزَارَ^(٣٨) أَوْ الْقُمْرَى مُصَوَّنًا ، فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لا يَصِحُّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، لِأَنَّ صِيَاحَ الطَّيْرِ يَجُوزُ أَنْ يُوجَدَ ، وَيَجُوزُ أَنْ لا يُوجَدَ . وَالْأَوَّلَى جَوَازُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَقْصِدًا صَحِيحًا ، وَهُوَ عَادَةٌ لَهُ وَخِلَقَةٌ فِيهِ^(٣٩) ، فَأَشْبَهَ الْهَمْلَجَةَ فِي الدَّائِيَةِ ، وَالصَّيْدَ فِي الْفَهْدِ . وَإِنْ شَرَطَ فِي الْحَمَامِ أَنَّهُ يَجِيءُ مِنْ مَسَافَةٍ ذَكَرَهَا . فَقَالَ الْقَاضِي : لا يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَعْذِيًّا لِلْحَيَوَانِ ، وَالْقَصْدُ مِنْهُ غَيْرُ صَحِيحٍ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ عَادَةٌ مُسْتَمِرَّةٌ ، وَفِيهَا^(٤٠) قَصْدٌ صَحِيحٌ^(٤١) لِتَبْلِيغِ الْأَخْبَارِ وَحَمَلِ الْكُتُبِ ، فَجَرَى مَجْرَى الصَّيْدِ فِي الْفَهْدِ ، وَالْهَمْلَجَةِ فِي الدَّائِيَةِ ، وَإِنْ شَرَطَ فِي الْجَارِيَةِ أَنَّهَا مُعْنِيَّةٌ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْغِنَاءَ مَذْمُومٌ فِي الشَّرْعِ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاؤُهُ ، كَالزَّرْنِيِّ . وَإِنْ شَرَطَ فِي الْكَبْشِ كَوْنَهُ نَطَّاحًا ، وَفِي الدِّيكِ كَوْنَهُ مُقَاتِلًا ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لَأَنَّهُ مَنَهَى عَنْهُ فِي الشَّرْعِ ، فَجَرَى مَجْرَى الْغِنَاءِ فِي الْجَارِيَةِ . وَإِنْ شَرَطَ فِي الدِّيكِ أَنَّهُ يُوقِظُهُ لِلصَّلَاةِ ، لَمْ يَصِحَّ ، لَأَنَّهُ لا يُمْكِنُ الْوَفَاءُ بِهِ ، وَإِنْ شَرَطَ كَوْنَهُ يَصِيحُّ فِي أَوْقَاتٍ مَعْلُومَةٍ ، جَرَى مَجْرَى اشْتِرَاطِ التَّصَوُّيَةِ فِي الْقُمْرَى ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : ولا يفتقر الردُّ بالعيب إلى رضى البائع ، ولا حضوره ، ولا حكم حاكم ، قبل القبض ولا بعده . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان قبل القبض ، افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه ، وإن كان بعده ، افتقر إلى رضا

(٣٨) فارسي معرب ، وهو العندليب .

(٣٩) سقط من الأصل .

(٤٠) في م : « وفيه » .

(٤١) في م : « صريح » .

صاحبه ، أو حُكْمَ حَاكِمٍ ؛ لَأَنَّ مِلْكَهُ قَدْ تَمَّ عَلَى الثَّمَنِ ، فلا يَزُولُ إِلَّا بِرِضَاهُ .
 وَلَنَا ، أَنَّهُ رَفَعَ عَقْدَ / مُسْتَحَقٍّ لَهُ ، فلم يَفْتَقِرْ إِلَى رِضَا صَاحِبِهِ ، ولا حُضُورِهِ ظ ٢٣٢/٤
 كَالطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَحَقُّ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، فلا يَفْتَقِرُ إِلَى رِضَا صَاحِبِهِ ، كَقَبْلِ الْقَبْضِ .

٧٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ بَاعَ الْمُشْتَرِي بَعْضَهَا ، ثم ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ ، كَانَ مُخِيرًا بَيْنَ أَنْ يَرُدَّ مِلْكَهُ مِنْهَا بِمَقْدَارِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، أَوْ يَأْخُذَ أَرْضَ الْعَيْبِ بِقَدْرِ مِلْكِهِ فِيهَا)

الكَلَامُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي فُصُولٍ ثَلَاثَةٍ :

مِنْهَا ، أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى مَعِيًّا فَبَاعَهُ ، سَقَطَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ . فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ ، فَأَرَادَ رَدُّهُ بِالْعَيْبِ الْأَوَّلِ ، نَظَرْنَا ، فَإِنْ كَانَ بَاعَهُ عَالِمًا بِالْعَيْبِ ، أَوْ وَجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى رِضَاهُ بِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ رِضَى بِالْعَيْبِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلِيمًا بِالْعَيْبِ ، فَلَهُ رَدُّهُ عَلَى بَائِعِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ ^(١) أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ لَهُ رَدُّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي فَسَخَّ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الرَّدِّ بَبَيْعِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَلِمَ بَعِيْبِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَمْكَنَهُ اسْتِدْرَاكُ ظُلَامَتِهِ بِرَدِّهِ ، فَمَلَكَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ فَسَخَّ الثَّانِي بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، أَوْ كَمَا لَوْ لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ ، وَلَا تُسَلِّمُ سُقُوطَ حَقِّهِ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ لِعَجْزِهِ عَنْ رَدِّهِ ، فَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ زَالَ الْمَانِعُ ، فَظَهَرَ جَوَازُ الرَّدِّ ، كَمَا لَوْ امْتَنَعَ الرَّدُّ لِعَيْبَةِ الْبَائِعِ ، أَوْ لِمَعْنَى سِوَاهُ . وَسَوَاءٌ رَجَعَ إِلَى الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ بِالْعَيْبِ الْأَوَّلِ ، أَوْ بِإِقَالَةٍ ، أَوْ هِبَةٍ ، أَوْ شِرَاءٍ ثَانٍ ، أَوْ مِيرَاثٍ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْقَاضِي . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ رَجَعَ بِغَيْرِ الْفَسْخِ بِالْعَيْبِ الْأَوَّلِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَدْرَكَ ظُلَامَتَهُ بَبَيْعِهِ ، وَلَمْ يَزُلْ بِفَسْخِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ الرَّدِّ قَائِمٌ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ لِتَعَدُّرِهِ بِزَوَالِ مِلْكِهِ ، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ وَجَبَ أَنْ يَجُوزَ الرَّدُّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ . فَعَلَى هَذَا إِذَا بَاعَهَا الْمُشْتَرِي لِبَائِعِهَا الْأَوَّلِ ، فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، فَلَهُ الرَّدُّ عَلَى الْبَائِعِ الثَّانِي ، ثُمَّ لِلثَّانِي رَدُّهُ . وَفَائِدَةُ الرَّدِّ هَهُنَا ، اخْتِلَافُ الثَّمَنَيْنِ ، فَإِنَّهُ قَدْ يَكُونُ الثَّمَنُ الثَّانِي أَكْثَرَ .

(١) فِي م : « وَقَالَ » .

الفصل الثاني ، أنه إذا باع المَعِيب ، ثم أراد أخذ أرضه . فظاهر كلام الخِرَقِي ، أنه لا أرض له سواء باعه عالماً بعيبه ، أو غير عالِم . / وهذا مذهب أبي حنيفة ، والشافعي ؛ لأن امتناع الرَّد كان بفعله ، فأشبهه ما لو أثلَف المبيع ، ولأنه قد (٢) استَدْرَكَ ظلامته ببيعه ، فلم يكن له أرض ، كما لو زال العيب . وقال القاضي : إن باعه مع علمه بالعيب ، فلا أرض له ؛ لرضاه به مَعِيْبًا ، وإن باعه غير عالِمٍ بالعيب ، فله الأرض . نص عليه أحمد ؛ لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد ، ولم يوجد منه الرضا به ناقصًا ، فكان له الرجوع عليه ، كما لو أعتقه . وقياس المذهب ، أن له الأرض بكل حال ، سواء باعه عالماً بعيبه أو جاهلاً به ؛ لأننا خيرناه ابتداءً بين رده ، وإمساكه وأخذ الأرض ، فبيعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه ، ولأن الأرض عوض الجزء الفائت من المبيع ، فلم يسقط ببيعه ، ولا رضاه ، كما لو باعه عشرة أقفزة ، وسلم إليه تسعة ، فباعها المشتري . وقولهم : إنه استدرك ظلامته . لا يصح ، فإن ظلامته من البائع ، ولم يستدركها منه ، وإنما ظلم المشتري ، فلم يسقط حقه بذلك من الظالم له ، وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وذكر أبو الخطاب عن أحمد ، في رجوع بائع المَعِيب بالأرض (٣) ، روايتين ، من غير تفريق بين علم البائع بالعيب وجهله به . وعلى قول من قال لا يستحق الأرض ، فإذا علم به المشتري الثاني فردّه به ، أو أخذ أرضه منه ، فلأول أخذ أرضه . وهو قول الشافعي إذا امتنع على المشتري الثاني رده بعيب حدث عنده ؛ لأنه لم يستدرك ظلامته ، وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذي اشتراه به ، على ما ذكرناه فيما تقدم .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « الأرض » .

الفصل الثالث ، إذا باع المشتري بعض المعيب ، ثم ظهر على عيب ، فله الأرض ، لما بقى في يده من المبيع ، وفي الأرض لما باعه ما ذكرنا من الخلاف فيما إذا باع الجميع ، وإن أراد رد الباقي بحصته من الثمن ، فالذى ذكره الخرقى ههنا أن له ذلك . وقد نص عليه أحمد ، والصحيح أنه إن كان المبيع عينا واحدة ، أو عيني ينقصهما التفريق ، كمصراعى^(٤) باب ، وزوجى خف ، أنه لا يملك الرد ؛ لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة ، أو ضرر الشركة ، وامتناع الانتفاع بها على الكمال ، كإباحة الوطء والاستخدام . وبها قال شريح ، والشعبي ، / والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضع ، فيما إذا كان المبيع عيني ينقصهما التفريق ، أنه لا يجوز رد أحدهما دون الأخرى ؛ لما فيه من الضرر ؛ وفيما لو اشترى معيبتا فتعيب عنده ، أنه لا يملك رده ، إلا أن يرد أرض العيب الحادث عنده ، فلا يجوز أن يرده في مسألتنا معيبتا بعيب الشركة ، أو نقص القيمة ، بغير شيء ، إلا أن يكون الخرقى أراد ما إذا دلّس البائع^(٥) العيب ، فإن ذلك عنده لا يسقط عن المشتري ضمان ما حدث عنده من العيب ، على ما ذكرنا فيما مضى . وإن كان المبيع عيني لا ينقصهما التفريق ، فباع أحدهما^(٦) ، ثم وجد بالأخرى عيبا ، أو علم أنهما كانتا معيبتين ، فهل له رد الباقي في ملكه ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة .^(٧) وقال القاضى : المسألة مبنية على تفريق الصفقة^(٧) سواء كان المبيع عينا واحدة أو عيني . والتفصيل الذى ذكرنا أولى .

فصل : وإن اشترى عيني ، فوجد بإحدهما عيبا ، وكانا مما لا ينقصهما

(٤) في م : « كمصراعى » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في الأصل : « أحدهما » .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

التفريق ، أو مما لا يجوز التفريق بينهما ، كالولد مع أمه ، فليس له إلا ردهما جميعاً ، أو إمساكهما وأخذ الأرض ، وإن لم يكونا كذلك ، ففيهما روايتان ، إحداهما ، ليس له إلا ردهما ، أو أخذ الأرض مع إمساكهما . وهو ظاهر قول الشافعي وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض ؛ لأن الرد تبعض^(٨) الصفقة من المشتري ، فلم يكن له ذلك ، كما لو كانا مما ينقصه التفريق . والثانية ، له رد المبيع ، وإمساك الصحيح . وهذا قول الحارث العكلي ، والأوزاعي ، وإسحاق . وهو قول أبي حنيفة فيما بعد القبض ؛ لأنه رد المبيع على وجه لا ضرر فيه على البائع ، فجاز كما لو رد الجميع . وفارق ما ينقص بالتفريق ، فإن فيه ضرراً . وإن تلف أحد المبيعين ، أو تعيب ، أو وجد بالآخر أو بهما عيباً ، فأراد رده ، فالحكم فيه على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف . وإن اختلفا في قيمة التالف ، فالقول قول المشتري مع يمينه ؛ لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ؛ لأنه بمنزلة الغارم ، لأن قيمة التالف إذا زادت ، زاد قدر ما يعرّمه ، فهو بمنزلة المستعير والغاصب . فأما إن كان المبيعان باقيين معيين ، لم يوجد في أحدهما ما يمنع رده ، فأراد رد أحدهما / دون الآخر . فقال القاضي : ليس له ذلك . ولم يذكر فيه سوى المنع من رد أحدهما . والقياس ، أنها كالتى قبلها ، إذ لو كان إمساك أحدهما مانعاً من الرد فيما إذا كانا معيين ، لمنع منه إذا كان صحيحاً .

فصل : إذا اشترى اثنان شيئاً فوجده معيباً ، أو اشترط الخيار فرضى أحدهما . ففيه روايتان عن أحمد ، حكاهما أبو بكر ، وابن أبي موسى . إحداهما ، لمن لم يرض الفسخ . وبه قال ابن أبي ليلى ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وهو إحدى الروايتين عن مالك . والآخرى ، لا يجوز له رده . وهو قول أبي حنيفة ، وأبي ثور ؛ لأن المبيع خرج عن ملكه دفعة واحدة غير متشقق^(٩) ، فإذا رده مشتركا ، رده ناقصاً ، أشبه ما لو تعيب عنده . ووجه الأولى ، أنه رد جميع ما ملكه بالعقد ،

(٨) في م : تبعض .

(٩) أى غير مجزأ .

فجَازَ ، كما لو انفردَ بِشرائه ، والشَّرِكَةُ إِنَّمَا حَصَلَتْ بِإِيجَابِ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهَا ، فَخَرَجَتْ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ مُتَشَقِّصَةً^(١٠) ، بِخِلَافِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ .

فصل : وَإِذَا وَرِثَ اثْنَانِ عَنْ أَبِيهِمَا^(١١) خِيَارَ عَيْبٍ ، فَرَضَى أَحَدُهُمَا ، سَقَطَ حَقُّ الْآخَرِ مِنَ الرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ رَدَّ وَحْدَهُ ، تَشَقَّقَتِ السَّلْعَةُ عَلَى الْبَائِعِ ، فَيَتَضَرَّرُ^(١٢) بِذَلِكَ ، وَإِنَّمَا أَخْرَجَهَا عَنْ مِلْكِهِ إِلَى وَاحِدٍ غَيْرِ مُتَشَقِّصَةٍ ، فَلَا يَجُوزُ رَدُّ بَعْضِهَا إِلَيْهِ مُتَشَقِّصًا ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ، فَإِنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مَعَ الْاِثْنَيْنِ عَقْدَانِ ، فَكَأَنَّهُ بَاعَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهَا مُنْفَرِدًا ، فَرَدَّ عَلَيْهِ أَحَدَهُمَا جَمِيعَ مَا بَاعَهُ إِيَّاهُ ، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ .

فصل : وَلَوْ اشْتَرَى رَجُلٌ مِنْ رَجُلَيْنِ شَيْئًا ، فَوَجَدَهُ مَعِيًّا ، فَلَهُ رَدُّهُ عَلَيْهِمَا . فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا غَائِبًا ، رَدَّ عَلَى الْحَاضِرِ حِصَّتَهُ بِقِسْطِهَا مِنَ الثَّمَنِ ، وَيَبْقَى نَصِيبُ الْغَائِبِ^(١٣) فِي يَدِهِ حَتَّى يَقْدَمَ . وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا بَاعَ الْعَيْنَ كُلَّهَا بِوَكَالَةِ الْآخَرِ ، فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ ، سِوَاءَ كَانَ الْحَاضِرُ الْوَكِيلَ أَوِ الْمُوَكَّلَ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى قَرِيبٍ مِنْ هَذَا . فَإِنْ أَرَادَ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، وَإِمْسَاكَ نَصِيبِ الْآخَرِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يُرَدُّ عَلَى الْبَائِعِ جَمِيعَ مَا بَاعَهُ ، وَلَا يَحْصُلُ بَرْدُهُ تَشْقِيقُ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ كَانَ مُتَشَقِّصًا قَبْلَ الْبَيْعِ .

فصل : فَإِنْ اشْتَرَى حَلَى فِضَّةٍ بِوَزْنِهِ دِرَاهِمَ ، فَوَجَدَهُ مَعِيًّا / ، فَلَهُ رَدُّهُ ، وَلَيْسَ لَهُ أَخْذُ الْأَرْضِ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى التَّفَاضُلِ فِيمَا يَجِبُ التَّمَاتُّلُ فِيهِ . فَإِنْ حَدَّثَ بِهِ عَيْبٌ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، فَعَلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ ؛ يَرُدُّهُ ، وَيَرُدُّ أَرْضَ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ ، وَيَأْخُذُ

(١٠) فِي م : « مُتَشَقِّصَةٌ » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « أُمُّهُمَا » .

(١٢) فِي م : « فَتَضَرَّرُ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « الْغَاصِبُ » .

ثُمَّنَهُ ، وقال القاضى : لا يجوز له رَدُّهُ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى التَّفَاضُلِ ، فلا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ فسخٌ لِلْعَقْدِ ، وَرَفْعٌ لَهُ ، فلا تَبْقَى الْمُعَاوَضَةُ ، وَإِنَّمَا يَدْفَعُ الْأَرْضَ عِوَضًا عَنِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ ، بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ جَنَى عَلَيْهِ فِي مِلْكٍ صَاحِبِهِ مِنْ غَيْرِ بَيْعٍ ، وَكَأَنَّ لَوْ فَسَخَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . وعلى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ، يَفْسَخُ الْحَاكِمُ الْبَيْعَ ، وَيُرَدُّ الْبَائِعُ^(١٤) الثَّمَنَ ، وَيُطَالَبُ بِقِيَمَةِ الْحَلِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُمَكِّنْ إِهْمَالَ الْعَيْبِ ، وَلَا أَخَذَ الْأَرْضَ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَاتَيْنِ الرِّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ تَلَفَ الْحَلِيُّ ، فَإِنَّهُ يَفْسَخُ الْعَقْدَ وَيُرَدُّ قِيَمَتُهُ ، وَيَسْتَرْجِعُ الثَّمَنَ ؛ فَإِنْ تَلَفَ الْمَبِيعُ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْفَسْخِ . وعِنْدِي ، أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا فَسَخَ ، وَجَبَ رَدُّ الْحَلِيِّ وَأَرْضُ نَقْصِهِ ، كَمَا قُلْنَا فِيمَا إِذَا فَسَخَ الْمُشْتَرِي عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ إِلَى قِيَمَتِهِ عِنْدَ تَعَدُّرِ رَدِّهِ بِتَلَفٍ أَوْ عَجْزٍ ، وَلَيْسَ فِي رَدِّهِ وَرَدُّ أَرْضِهِ تَفَاضُلٌ ؛ لِأَنَّ الْمُعَاوَضَةَ قَدْ^(١٥) زَالَتْ بِالْفَسْخِ ، فَلَمْ يَبْقَ لَهُ مُقَابِلٌ ، وَإِنَّمَا هَذَا الْأَرْضُ بِمَنْزِلَةِ أَرْضِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ؛ وَلِأَنَّ^(١٦) قِيَمَتَهُ إِذَا زَادَتْ عَلَى وَزْنِهِ أَوْ نَقَصَتْ عَنْهُ ، أَفْضَى إِلَى التَّفَاضُلِ ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهُ عِوَضٌ عَنْهُ ، فلا يجوزُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ قِيَمَتَهُ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ ، وَلَوْ بَاعَ قَفِيرًا مِمَّا فِيهِ الرُّبَا بِمِثْلِهِ ، فَوَجَدَ أَحَدَهُمَا بِمَا أَخَذَهُ عَيْنًا يَنْقُصُ قِيَمَتَهُ دُونَ كَيْلِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ أَخْذَ أَرْضِهِ ، لِئَلَّا يُفْضِيَ إِلَى التَّفَاضُلِ . وَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ^(١٧) فِي الْحَلِيِّ بِالدَّرَاهِمِ .

٧٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ بَعْدَ إِغْتَاقِهِ لَهَا أَوْ مَوْتِهَا فِي مِلْكِهِ ، فَلَهُ الْأَرْضُ)

وَجُمْلَتُهُ ، أَنَّهُ إِذَا زَالَ مِلْكُ الْمُشْتَرِي عَنِ الْمَبِيعِ بِعَتَقٍ ، أَوْ وَقْفٍ ، أَوْ مَوْتٍ ، أَوْ قَتْلِ ، أَوْ تَعَدُّرِ الرَّدِّ ، لَا سِتِيلَادٍ وَنَحْوَهُ قَبْلَ عِلْمِهِ بِالْعَيْبِ ، فَلَهُ الْأَرْضُ . وبهذا قال

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) سقط من : « م » .

(١٦) في م : « لِأَنَّ » .

(١٧) في م : « ذَكَرْنَاهُ » .

أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، إلا أن أبا حنيفة قال في المَقْتُولِ خاصَّةً : لا أَرُشَ له ؛ لأنَّه زال ملكه بفعلِ مَضْمُونٍ ، أشبه البيع . ولنا ، أنَّه عَيْبٌ لم يَرْضَ به ، ولم يَسْتَدْرِكَ ظِلَامَتَهُ فيه ، فكان له الأَرُشُ كما لو أَعْتَقَهُ ، والْبَيْعُ لنا فيه مَنعٌ ، ومع تَسْلِيمِهِ / ٢٣٥/٤ فَإِنَّهُ اسْتَدْرَكَ ظِلَامَتَهُ فيه . وأمَّا الهَبَّةُ ، فعن أحمد فيها رَوَايَتَانِ ؛ إحداهما ، أنَّها كالْبَيْعِ ؛ لأنَّه لم يَبْسُ من إمكانِ الرَّدِّ ؛ لِاحْتِمَالِ رُجُوعِ المَوْهُوبِ إليه . والثانية ، له الأَرُشُ ، وهي أَوْلَى . ولم يَذْكُرِ القاضِي غيرها ؛ لأنَّه ما اسْتَدْرَكَ ظِلَامَتَهُ ، فأشبهه ما لو وَقَّعَهُ ، وإمكانِ الرَّدِّ ليس بمَانِعٍ من أَخْذِ الأَرُشِ عندنا ؛ بِدَلِيلِ ما قَبْلَ الهَبَّةِ . وإن أَكَلَ الطَّعَامَ أو لَبَسَ الثَّوبَ ، فَأَثْلَفَهُ ، رَجَعَ بِأَرْشِهِ . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لأنَّه أَهْلَكَ العَيْنَ ، فأشبهه ما لو قَتَلَ العَبْدَ . ولنا ، أنَّه ما اسْتَدْرَكَ ظِلَامَتَهُ ، ولا رَضِيَ بِالْعَيْبِ ، فلم يَسْقُطْ حَقُّهُ من الأَرُشِ ، كما لو تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تعالى .

فصل : وإن فَعَلَ شَيْئًا مِمَّا ذَكَرْنَاهُ بَعْدَ عِلْمِهِ بِالْعَيْبِ ، فَمَفْهُومُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ : أنَّه لا أَرُشَ له . وهو مذهبُ أبي حنيفة ، والشافعي . وهو قِياسُ قولِ القاضِي ؛ لقوله في مَنْ باعَ المَعِيْبَ عَالِمًا بِعَيْبِهِ : ليس له أَرُشٌ ؛ لأنَّه رَضِيَ به مَعِيْبًا بِتَصَرُّفِهِ فيه مع عِلْمِهِ بِعَيْبِهِ . وقِياسُ المذهبِ ، أنَّ له الأَرُشَ ؛ لأنَّ له إِمْسَاكَ المَبِيعِ ، والمُطَالَبَةَ بِأَرْشِهِ ، وهذا يُنْزَلُ ^(١) مَنَزَلَةَ إِمْسَاكِهِ مع العِلْمِ بِعَيْبِهِ . ولأنَّ البَائِعَ لم يُوفِهِ ما أَوْجَبَهُ العَقْدُ ، فكان له الرُّجُوعُ بِأَرْشِهِ ، كما لو أَعْتَقَهُ قَبْلَ عِلْمِهِ بِعَيْبِهِ . ولأنَّ الأَرُشَ عَوَضُ الجُزْءِ الفَائِتِ بِالْعَيْبِ ، فلم يَسْقُطْ بِتَصَرُّفِهِ فيما سِوَاهِ ؛ كما لو باعَهُ عَشْرَةَ أَقْفَزةً ، فَأَقْبَضَهُ تِسْعَةً ، فَتَصَرَّفَ فيها .

فصل : فإن اسْتَعْلَى المَبِيعَ ، أو عَرَضَهُ على البَيْعِ ، أو تَصَرَّفَ فيه تَصَرُّفًا دَالًّا على الرِّضَا به ، قَبْلَ عِلْمِهِ بِالْعَيْبِ ، لم يَسْقُطْ خِيَارُهُ ؛ لأنَّ ذلك لا يَدُلُّ على الرِّضَا

(١) في م : (ينزل) .

به مَعِيًّا . وإن فَعَلَهُ بعد عِلْمِهِ بِعَيْبِهِ ، بَطَلَ خِيَارُهُ في قول عامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قال ابنُ
 الْمُنْذِرِ : كان^(٢) الْحَسَنُ ، وَشَرِيحُ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْحَسَنِ^(٣) ، وابنُ أُمَيِّ لَيْلَى ،
 وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ^(٤) ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، يَقُولُونَ : إِذَا اشْتَرَى سِلْعَةً ، فَعَرَضَهَا
 عَلَى الْبَيْعِ ، لَزِمَتْهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا^(٥) . فَأَمَّا الْأَرْضُ ،
 فَقَالَ ابْنُ أُمَيِّ مُوسَى : لَا يَسْتَحِقُّهُ أَيْضًا . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ قِيَاسَ الْمَذْهَبِ اسْتِحْقَاقُ
 الْأَرْضِ . قَالَ أَحْمَدُ : أَنَا أَقُولُ : إِذَا اسْتَحْدَمَ الْعَبْدُ ، وَأَرَادَ تَقْصَانَ الْعَيْبِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ،
 فَأَمَّا إِنْ / اِحْتَلَبَ اللَّبَنَ الْحَادِثَ بعد الْعَقْدِ ، لَمْ يَسْقُطْ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ لَهُ ، فَمَلَكُ
 اسْتِيفَاءِهِ مِنَ الْمَبِيعِ الَّذِي يُرِيدُ رَدَّهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ رَكِبَ الدَّابَّةَ لِيَنْظُرَ سَيْرَهَا ، أَوْ
 لِيَسْقِيَهَا ، أَوْ لِيُرُدَّهَا عَلَى بَائِعِهَا . وَإِنْ اسْتَحْدَمَ الْأَمَةَ لِيَخْتَبِرَهَا ، أَوْ لَيْسَ الْقَمِيصَ
 لِيَعْرِفَ قَدْرَهُ ، لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِرِضًا بِالْمَبِيعِ ، وَلِهَذَا لَا يَسْقُطُ
 بِهِ خِيَارُ الشَّرْطِ . وَإِنْ اسْتَحْدَمَهَا لِغَيْرِ ذَلِكَ اسْتِخْدَامًا كَثِيرًا ، بَطَلَ رَدُّهُ ،^(٦) وَإِنْ
 كَانَ يَسِيرًا^(٦) لَا يَخْتَصُّ الْمَلِكُ ، لَمْ يَبْطُلِ الْخِيَارُ . قِيلَ لِأَحْمَدَ : إِنْ هَؤُلَاءِ يَقُولُونَ :
 إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا ، فَوَجَدَهُ مَعِيًّا ، فَاسْتَحْدَمَهُ بِأَنْ يَقُولَ : نَاوِلْنِي هَذَا الثَّوبَ . يَعْنِي
 بَطَلَ خِيَارَهُ . فَأَنْكَرَ ذَلِكَ ، وَقَالَ : مَنْ قَالَ هَذَا ؟ أَوْ مِنْ أَيْنَ أَخَذُوا هَذَا ؟ لَيْسَ
 هَذَا بِرِضَى حَتَّى يَكُونَ شَيْءٌ يَبِينُ . وَقَدْ نُقِلَ عَنْهُ فِي بُطْلَانِ^(٧) خِيَارِ الشَّرْطِ^(٧)
 بِالْإِسْتِخْدَامِ رَوَايَتَانِ . وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ هَهُنَا .

فصل : وإن أَبَقَ الْعَبْدُ ، ثُمَّ عَلِمَ عَيْبَهُ ، فَلَهُ أَخْذُ أَرْضِهِ . فَإِنْ أَخَذَهُ ثُمَّ قَدَرَ عَلَى

(٢) في م : « وكان » .

(٣) عبد الله بن حسن بن حسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي المدني ، أمه فاطمة بنت الحسين بن علي ، وكان
 ثقة . تهذيب التهذيب ١٨٦/٥ ، ١٨٧ .

(٤) سقط من : « م » .

(٥) في م : « خلافا » .

(٦ - ٦) في م : « فإن كانت يسيرة » .

(٧ - ٧) في م : « الخيار » .

العَبْدُ ، فإن لم يكن معروف الإباق قبل البيع ، فقد تَعَيَّبَ عند المشتري ، فهل يَمْلِكُ رَدُّهُ وَرَدَّ أَرْضِ الْعَيِّبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ وَالْأَرْضَ الَّذِي أَخَذَهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ كَانَ أَبْقَا ، فَلَهُ رَدُّهُ وَرَدُّ مَا أَخَذَهُ مِنَ الْأَرْضِ وَأَخَذُ ثَمَنِهِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ وَالشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَخْذُ أَرْضِهِ ، سِوَاءَ قَدَرَ عَلَى رَدِّهِ أَوْ عَجَزَ عَنْهُ ، إِلَّا أَنْ يَهْلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْأَسْ مِنْ رَدِّهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ بَاعَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَعِيبٌ لَمْ يَرْضَ بِهِ ، وَلَمْ يَسْتَدْرِكْ ظِلَامَتَهُ فِيهِ ، فَكَانَ لَهُ أَرْضُهُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ ، وَفِي الْبَيْعِ اسْتَدْرَكَ ظِلَامَتَهُ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ عَلِمَ بِهِ عَيِّبًا فَأَخَذَ أَرْضَهُ ، فَهُوَ لَهُ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَجْعَلُهُ فِي الرُّقَابِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الرُّقَبَةِ الَّتِي جَعَلَهَا اللَّهُ ، فَلَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ بَدْلِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ الْعِتْقَ إِنَّمَا صَادَفَ الرُّقَبَةَ الْمَعِيَّةَ ، وَالْجُزْءَ الَّذِي أَخَذَ بَدْلَهُ مَا تَنَاوَلَهُ عِتْقٌ ، وَلَا كَانَ مَوْجُودًا ، وَلَئِنْ الْأَرْضَ لَيْسَ بَدْلًا عَنِ الْعَبْدِ ، إِنَّمَا هُوَ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَنِ ، جُعِلَ مُقَابِلًا لِلْجُزْءِ الْفَائِتِ ، فَلَمَّا لَمْ يُحْصَلْ ذَلِكَ الْجُزْءُ مِنَ الْمَبِيعِ ، رَجَعَ بِقَدْرِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، فَكَأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ فِيهِ ، وَلِهَذَا رَجَعَ بِقَدْرِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، لَا مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ . وَكَلَامُ أَحْمَدَ ، فِي الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ، يُحْمَلُ عَلَى اسْتِحْبَابِ ذَلِكَ ، لَا عَلَى وَجُوبِهِ . قَالَ الْقَاضِي : إِنَّمَا الرِّوَايَتَانِ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَهُ عَنْ كَفَّارَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَهَا^(٨) عَنْ الْكُفَّارَةِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنْ بَدْلِهَا ، كَالْمُكَاتِبِ إِذَا أَدَّى مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَرْضُ عَبْدٍ أَعْتَقَهُ ، فَكَانَ لَهُ ، كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِعِتْقِهِ .

٧٤٦ - مسألة ؛ قَالَ : (فَإِنْ ظَهَرَ عَلَى عَيِّبٍ يُمَكِّنُ حُدُوثَهُ قَبْلَ الشَّرَاءِ ، أَوْ بَعْدَهُ ، حَلَفَ الْمُشْتَرِي ، وَكَانَ لَهُ الرَّدُّ أَوْ الْأَرْضُ)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْمُتَبَايِعِينَ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْعَيِّبِ ، هَلْ كَانَ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْعَقْدِ ،

(٨) أَى الرقبة . وفى م : « أعتقه » .

أَوْ حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ؟ لَمْ يَخُلْ مِنْ قِسْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ لَا يَحْتَمِلَ إِلَّا قَوْلَ أَحَدِهِمَا ، كَالْإِصْبَعِ الزَّائِدَةِ ، وَالشَّجَّةِ الْمُتَدَمِّلَةِ ، الَّتِي لَا يُمَكِّنُ حَدُوثُ مِثْلِهَا ، وَالْجُرْحَ الطَّرِيءَ الَّذِي لَا يَحْتَمِلُ كَوْنَهُ قَدِيمًا . ^(١) فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يَدَّعِي ذَلِكَ ، بغير يَمِينٍ ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ صِدْقَهُ ، وَكَذِبَ خَصْمِهِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى اسْتِحْلَافِهِ .
وَالثَّانِي ، أَنْ يَحْتَمِلَ قَوْلَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، كَالخَرْقِ فِي الثَّوْبِ وَالرَّفْوِ ، وَنَحْوِهِمَا ، ففِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ، فَيَحْلِفُ بِاللَّهِ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَبِهِ هَذَا الْعَيْبُ ، أَوْ أَنَّهُ مَا حَدَّثَ عِنْدَهُ وَيَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبْضِ فِي الْجُزْءِ الْفَائِتِ ، وَاسْتِحْقَاقُ مَا يُقَابِلُهُ مِنَ الثَّمَنِ ، وَلُزُومُ الْعَقْدِ فِي حَقِّهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَنْفِي ذَلِكَ ، كَالوَاحْتِلَافِ فِي قَبْضِ الْمَبِيعِ . وَالثَّانِيَةُ ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَيَحْلِفُ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ ، إِنْ أَجَابَ أَنَّنِي بَعْتُهُ بَرِيئًا مِنَ الْعَيْبِ ، حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ ، وَإِنْ أَجَابَ بِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ ، عَلَى مَا يَدَّعِيهِ مِنَ الرَّدِّ ، حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ ، وَيَمِينُهُ عَلَى الْبَيْتِ لَا عَلَى نَفْيِ ^(٢) الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ كُلَّهَا عَلَى الْبَيْتِ ، لَا عَلَى نَفْيِ فِعْلٍ الْغَيْرِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ سَلَامَةُ الْمَبِيعِ ، وَصِحَّةُ الْعَقْدِ ، وَلِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَدَّعِي عَلَيْهِ اسْتِحْقَاقَ فسخِ الْبَيْعِ ، وَهُوَ يُنْكِرُهُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ .

فصل : وَإِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ ، ثُمَّ ظَهَرَ الْمُشْتَرِي عَلَى عَيْبٍ كَانَ بِهِ ، فَلَهُ رَدُّهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ يُرَدُّ بِالْعَيْبِ ، عَلَى مَنْ كَانَ لَهُ ، فَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ مِمَّا يُمَكِّنُ حَدُوثَهُ ، فَأَقَرَّ بِهِ الْوَكِيلُ ، وَأَنْكَرَهُ الْمُوَكَّلُ ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَى مُوَكَّلِهِ بِالْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ يَسْتَحِقُّ بِهِ الرَّدَّ ، فَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَكِيلِ بِهِ عَلَى مُوَكَّلِهِ ، كَخِيَارِ الشَّرْطِ . وَقَالَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ : / لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَكِيلِ بِذَلِكَ . وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى الْغَيْرِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَالْأَجْنَبِيِّ ، فَإِذَا رَدَّهُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْوَكِيلِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْوَكِيلُ رَدَّهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّهُ رَدُّهُ بِإِقْرَارِهِ ، وَهُوَ غَيْرُ مَقْبُولٍ عَلَى غَيْرِهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . فَإِنْ أَنْكَرَهُ الْوَكِيلُ فَتَوَجَّهَتْ الْيَمِينُ عَلَيْهِ ، فَكَفَلَ عَنْهَا ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل .

فَرَدَّ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ ، فَهَلْ لَهُ رَدُّهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجْرِي مَجْرَى إِقْرَارِهِ . وَالثَّانِي ، لَهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَيْهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ .

فصل : وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَنَّهَا بَكْرٌ ، ثُمَّ قَالَ الْمُشْتَرِي : إِنَّمَا هِيَ ثَيْبٌ . أَرَيْتِ النِّسَاءَ الثَّقَاتِ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُ امْرَأَةٍ ثِقَةٍ . فَإِنْ وَطَّئَهَا الْمُشْتَرِي ، وَقَالَ : مَا أَصَبْتُهَا بِكَرًّا . خُرِّجَ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْعَيْبِ الْحَادِثِ .

فصل : وَإِنْ رَدَّ الْمُشْتَرِي السَّلْعَةَ بِعَيْبٍ فِيهَا ، فَأُنْكَرَ الْبَائِعُ كَوْنُهَا سِلْعَتَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَنَحْوَهُ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي مَنْ صَرَفَ دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ ، ثُمَّ رَجَعَ بِدَرَاهِمَ ، فَقَالَ الصَّيْرَفِيُّ : لَيْسَ هَذَا دِرْهَمِي يَحْلِفُ الصَّيْرَفِيُّ : بِاللَّهِ لَقَدْ وَفَيْتُكَ ، وَيَبْرَأُ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مُنْكَرٌ كَوْنُ هَذِهِ سِلْعَتَهُ ، وَمُنْكَرٌ لَا سِتِحْقَاقَ الْفَسْخِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . فَأَمَّا إِنْ جَاءَ لِيَرُدَّ السَّلْعَةَ بِخِيَارٍ ، فَأُنْكَرَ الْبَائِعُ أَنَّهَا سِلْعَتُهُ ، فَحَكَى ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُشْتَرِي . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى اسْتِحْقَاقِ فُسْخِ الْعَقْدِ ، وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ بِخِلَافِهِ .

٧٤٧ - مسألة ؛ قَالَ : (وَإِذَا اشْتَرَى شَيْئًا ، مَا كُوْلُهُ فِي جَوْفِهِ ، فَكَسَرَهُ ، فَوَجَدَهُ فَاسِدًا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِمَكْسُورِهِ قِيَمَةٌ ، كَبَيْضِ الدَّجَاجِ ، رَجَعَ بِالثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ ، وَإِنْ كَانَ لِمَكْسُورِهِ قِيَمَةٌ ، كَجَوْزِ الْهِنْدِ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ فِي الرَّدِّ وَأَخْذِ الثَّمَنِ ، وَعَلَيْهِ أَرْضُ الْكَسْرِ ، أَوْ يَأْخُذُ مَا بَيْنَ صَحِيحِهِ وَمَعِيهِ)

وَجَمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى مَا لَا يَطْلُعُ عَلَى عَيْبِهِ إِلَّا بِكَسَرِهِ ، كَالْبَطِيخِ ، وَالرُّمَّانِ ، وَالْجَوْزِ ، وَالْبَيْضِ ، فَكَسَرَهُ فَبَانَ عَيْبُهُ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِشَيْءٍ ، وَهُوَ مَذْهَبُ / مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْبَائِعِ تَذْلِيلٌ ، وَلَا تَفْرِيطٌ ؛ لِغَدَمِ مَعْرِفَتِهِ بِعَيْبِهِ ، وَكَوْنِهِ لَا يُمْكِنُهُ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ إِلَّا بِكَسَرِهِ ، فَجَرَى

٢٣٧/٤ و

مَجْرَى البراءة من العيوب . والثانية ، يَرْجِعُ عليه . وهى ظاهرُ المذهب ، وقولُ
أبى حنيفةَ والشافعيِّ ؛ لأنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ اقْتَضَى السَّلَامَةَ مِنْ عَيْبٍ لَمْ يَطَّلِعْ عَلَيْهِ
الْمُشْتَرِي ، فَإِذَا بَانَ مَعِيًّا ، ثَبَتَ لَهُ الْخِيَارُ ، وَلأنَّ الْبَائِعَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ ثَمَنَ الْمَعِيْبِ ،
دُونَ الصَّحِيحِ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ صَحِيحًا ، فَلَا مَعْنَى لِإِجَابِ الثَّمَنِ كُلِّهِ ، وَكَوْنُهُ
لَمْ يُفَرِّطْ لَا يَقْتَضِي أَنْ يَجِبَ لَهُ ثَمَنُ مَا لَمْ يُسَلِّمْهُ ؛ بِدَلِيلِ الْعَيْبِ الَّذِي لَمْ يَعْلَمْهُ فِي
الْعَبْدِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْمَبِيعَ إِنْ كَانَ مِمَّا لَا قِيَمَةَ لَهُ مَكْسُورًا ، كَبَيْضِ الدَّجَاجِ
الْفَاسِدِ ، وَالرُّمَّانِ الْأَسْوَدِ ، وَالْجَوَزِ الْخَرِبِ ، وَالْبَطِيخِ التَّالِفِ ، رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ ؛
لأنَّ هَذَا تَبَيَّنَ بِهِ فُسَادُ الْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ ؛ لِكَوْنِهِ وَقَعَ عَلَى مَا لَا نَفْعَ فِيهِ ، وَلَا يَصِحُّ
بَيْعُ مَا لَا نَفْعَ فِيهِ ، كَالْحَشَرَاتِ وَالْمَيْتَاتِ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ الْمَبِيعَ إِلَى الْبَائِعِ ؛
لَأَنَّهُ لَا فَايْدَةَ فِيهِ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مِمَّا لِمَعِيْبِهِ قِيَمَةٌ ، كَجَوَزِ الْهِنْدِ ، وَبَيْضِ النَّعَامِ ،
وَالْبَطِيخِ الَّذِي فِيهِ نَفْعٌ ، وَنَحْوُهُ ، فَإِذَا كَسَرَهُ نَظَرْتُ ، فَإِنْ كَانَ كَسْرًا لَا يُمَكِّنُ
اسْتِعْلَامَ الْمَبِيعِ بِدُونِهِ ، فَالْمُشْتَرِي مُخَيَّرٌ بَيْنَ رَدِّهِ وَرَدِّ أَرْضِ الْكَسْرِ وَأَخْذِ الثَّمَنِ ،
وَبَيْنَ أَخْذِ أَرْضِ عَيْبِهِ ، وَهُوَ قِسْطُ مَا بَيْنَ صَحِيحِهِ وَمَعِيْبِهِ ، وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ
الْخِرَقِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي لَا أَرْضَ عَلَيْهِ لِكَسَرِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ بِطَرِيقِ
اسْتِعْلَامِ الْعَيْبِ ، وَالْبَائِعُ سَلَّطَهُ عَلَيْهِ ، حَيْثُ عَلِمَ أَنَّهُ لَا تُعْلَمُ لَهُ صِحَّتُهُ مِنْ فُسَادِهِ
بغَيْرِ ذَلِكَ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ نَقَصَ لَمْ يَمْنَعْ الرَّدَّ ،
فَلَزِمَ رَدُّ أَرْضِهِ ، كَلَبَنِ الْمُصَرَّاةِ إِذَا حَلَبَهَا ، وَالْبَكْرِ إِذَا وَطَّئَهَا ، وَبِهَذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ
يَطْلُ مَا ذَكَرَهُ ، فَإِنَّهُ لَا اسْتِعْلَامَ الْعَيْبِ ، وَالْبَائِعُ سَلَّطَهُ عَلَيْهِ ، بَلْ هُنَا أَوَّلَى ؛ لَأَنَّهُ
تَذْلِيلٌ مِنَ الْبَائِعِ ، وَالتَّصَرُّفُ حَصَلَتْ بِتَذْلِيلِهِ ، وَإِنْ كَانَ كَسْرًا يُمَكِّنُ اسْتِعْلَامَ
الْمَبِيعِ بِدُونِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُتْلَفُ الْمَبِيعُ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالَّذِي قَبْلَهُ فِي قَوْلِ
الْخِرَقِيِّ ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي أَيْضًا . وَالْمُشْتَرِي مُخَيَّرٌ بَيْنَ رَدِّهِ وَأَرْضِ الْكَسْرِ / وَأَخْذِ
الثَّمَنِ ، وَبَيْنَ أَخْذِ أَرْضِ الْعَيْبِ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ،
لَيْسَ لَهُ رَدُّهُ ، وَلَهُ أَرْضُ الْعَيْبِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ
فِيمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ كَسَرَهُ كَسْرًا لَا يُبْقِي لَهُ قِيَمَةً ، فَلَهُ أَرْضُ الْعَيْبِ ، لَا غَيْرُ ؛ لَأَنَّهُ

أُتْلَفَهُ ، وَقَدَّرُ أَرْضَ الْعَيْبِ قِسْطُ مَا بَيْنَ الصَّحِيحِ وَالْمَعِيبِ مِنَ الثَّمَنِ ، فَيَقُومُ الْمَبِيعُ صَاحِبِهَا ، ثُمَّ يَقُومُ مَعِيًّا غَيْرَ مَكْسُورٍ ، فَيَكُونُ لِلْمُشْتَرِي قَدْرُ مَا بَيْنَهُمَا مِنَ الثَّمَنِ .
على ما مَضَى شَرْحُهُ .

فصل : ولو اشْتَرَى ثَوْبًا فَشَرَّهُ فَوَجَدَهُ مَعِيًّا ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَنْقُصُهُ النَّشْرُ ، رَدَّهُ ، وَإِنْ كَانَ يَنْقُصُهُ النَّشْرُ ، كَالِهَسَنَجَانِي^(٣) ، الَّذِي يُطَوَّى طَاقَتَيْنِ مُلتَصِقَتَيْنِ ، جَرَى ذَلِكَ مَجْرَى جَوَزِ الْهِنْدِ ، عَلَى التَّفْصِيلِ الْمَذْكُورِ ، فِيمَا إِذَا لَمْ يَزِدْ عَلَى مَا يَحْصُلُ بِهِ اسْتِعْلَامُ الْمَبِيعِ ، أَوْ زَادَ ، كَنَشْرِ مَنْ لَا يَعْرِفُ . وَإِنْ أَحَبَّ أَخَذَ أَرْضِيهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ بِكُلِّ حَالٍ .

فصل : وإذا اشْتَرَى ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ ، فَلَهُ أَرْضُهُ لَا غَيْرُ ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ لَهُ رَدَّهُ . وَأَخَذَ زِيَادَتَهُ بِالصَّبْغِ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ ، فَلَا تَمْنَعُ الرَّدَّ ، كَالسَّمَنِ وَالْكَسْبِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ هَذَا مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ الْبَائِعُ عَلَى قَبُولِهَا ، كَسَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ . وَفَارَقَ السَّمَنَ وَالْكَسْبَ ، فَإِنَّهُ لَا يَأْخُذُ عَنِ السَّمَنِ عَوَضًا ، وَالْكَسْبُ لِلْمُشْتَرِي لَا يَرُدُّهُ ، وَلَا يُعَاوَضُ عَنْهُ . وَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ : أَنَا أَخَذَهُ ، وَأَعْطَيْتُ قِيمَةَ الصَّبْغِ . لَمْ يَلْزِمِ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي إِلَّا رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَهُ رَدُّهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ أَخْذَ الْأَرْضِ ، كَمَا لَوْ سَمِنَ عَبْدُهُ ، أَوْ كَسَبَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ رَدُّهُ ، إِلَّا بِرَدِّ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ مَعَهُ ، فَلَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ مِنَ الْأَرْضِ بِامْتِنَاعِهِ مِنْ رَدِّهِ ، كَمَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ ، فَطَلَبَ الْبَائِعُ أَخْذَهُ مَعَ أَرْضِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ . وَالْأَصْلُ لَا نُسَلِّمُهُ ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ أَخْذَ الْأَرْضِ إِذَا أَرَادَهُ بِكُلِّ حَالٍ .

فصل : يَصِحُّ بَيْعُ الْعَبْدِ الْجَانِي ، سَوَاءً كَانَتِ الْجَنَائِيَّةُ ، عَمْدًا أَوْ خَطَأً ، عَلَى النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا ، مُوجِبَةً لِلْقَصَاصِ أَوْ غَيْرَ مُوجِبَةٍ لَهُ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ، وَقَالَ فِي الْآخَرِ : لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ حَقُّ آدَمِيٍّ ، فَمَنْعَ

(٣) نسبة إلى هسنجان ، قرية بالرى . معجم البلدان ٩٧٤/٤ .

صِحَّةَ بَيْعِهِ ، كَالرَّهْنِ ، بَلْ حَقُّ الْجِنَايَةِ / آكَدُ ؛ لِأَنَّهَا تُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الْمُرْتَهِنِ . ٢٣٨/٤ و
وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ فِي الْجَانِبِ ، يَمْلِكُ أَدَاءَهُ مِنْ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ الْبَيْعُ ،
كَالزَّكَاةِ ، أَوْ حَقٌّ يَثْبُتُ بِغَيْرِ رِضَا سَيِّدِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ بَيْعُهُ ، كَالَّذِينَ فِي ذِمَّتِهِ ، أَوْ تَصَرُّفُ
فِي الْجَانِبِ ، فَجَازَ ، كَالْعَتَقِ . وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ قِصَاصًا ، فَهُوَ تَرْجَى سَلَامَتُهُ وَيُخْشَى
تَلَفُهُ ، فَأُشْبِهَ الْمَرِيضَ . أَمَّا الرَّهْنُ ، فَإِنَّ الْحَقَّ مُتَعَيِّنٌ فِيهِ ، لَا يَمْلِكُ سَيِّدُهُ إِبْدَالَهُ ،
ثَبَّتَ الْحَقُّ فِيهِ بِرِضَاهُ ، وَثِيقَةٌ لِلَّذِينَ ، فَلَوْ أَبْطَلَهُ بِالْبَيْعِ ، سَقَطَ حَقُّ الْوَثِيقَةِ الَّذِي
الْتَزَمَهُ بِرِضَاهُ وَاخْتِيَارِهِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا فَمَتَى بَاعَهُ ، وَكَانَتِ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ،
أَوْ الْقَوْدِ ، فَعُفِيَ عَنْهُ إِلَى مَالٍ ، فَعَلَى السَّيِّدِ فِدَاؤُهُ بِأَقْلَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ ، أَوْ أُرْشِ
جِنَايَتِهِ ، وَيُزَوَّلُ الْحَقُّ عَنْ رَقَبَةِ الْعَبْدِ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّ لِلْسَّيِّدِ الْخِيَرَةَ ، بَيْنَ تَسْلِيمِهِ وَفِدَائِهِ .
فَإِنْ بَاعَهُ تَعَيَّنَ عَلَيْهِ فِدَاؤُهُ ؛ لِإِخْرَاجِ الْعَبْدِ مِنْ مِلْكِهِ . وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِعَدَمِ
الضَّرَرِ عَلَيْهِ ، إِذَا الرُّجُوعُ عَلَى غَيْرِهِ ، هَذَا إِذَا كَانَ السَّيِّدُ مُوسِرًا . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ : لَا يَلْزَمُ السَّيِّدُ فِدَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنَّهُ اَلْتَزَمَ فِدَاءَهُ ، فَلَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ،
كَمَا لَوْ قَالَ الرَّاهِنُ : أَنَا أَقْضِي الدَّيْنَ مِنَ الرَّهْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ زَالَ مِلْكُهُ عَنِ الْجَانِبِ ،
فَلَزِمَهُ فِدَاؤُهُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ
مُعْسِرًا ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ مِنْ رَقَبَةِ الْجَانِبِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ إِنَّمَا يَمْلِكُ نَقْلَ
حَقِّهِ عَنْ رَقَبَتِهِ بِفِدَائِهِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ فِي ذِمَّةِ الْمُعْسِرِ ، فَيَبْقَى
الْحَقُّ فِي رَقَبَتِهِ بِحَالِهِ مُقَدَّمًا عَلَى حَقِّ الْمُشْتَرِي . وَلِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الْفَسْخِ ، إِنْ كَانَ
غَيْرَ عَالِمٍ بِبَقَاءِ الْحَقِّ فِي رَقَبَتِهِ ، فَإِنْ فَسَخَ رَجَعَ بِالثَّمَنِ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ ، وَكَانَتِ
الْجِنَايَةُ مُسْتَوْعِبَةً لِرَقَبَةِ الْعَبْدِ ، فَأُخِذَ بِهَا ، رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ أَيْضًا ، لِأَنَّ أُرْشَ
مِثْلِ هَذَا جَمِيعُ ثَمَنِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُسْتَوْعِبَةٍ لِرَقَبَتِهِ ، رَجَعَ بِقَدْرِ أُرْشِهِ . وَإِنْ كَانَ
عَالِمًا بِعَيْبِهِ ، رَاضِيًا بِتَعَلُّقِ الْحَقِّ بِهِ ، لَمْ يَرْجَعْ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَعِيًّا عَالِمًا بِعَيْبِهِ .
فَإِنْ اخْتَارَ الْمُشْتَرِي فِدَاءَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَالْبَيْعُ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْبَائِعِ فِي الْخِيَرَةِ
بَيْنَ تَسْلِيمِهِ وَفِدَائِهِ ، وَحُكْمُهُ فِي الرُّجُوعِ بِمَا فَدَاهُ بِهِ عَلَى الْبَائِعِ حُكْمُ قَضَاءِ الدَّيْنِ
عَنْهُ . / فَإِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ ، فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ ، بَيْنَ الرَّدِّ وَأَخْذِ

الأرض ، فإن اقتصر منه تعين الأرض ، وهو قسط قيمته ما بينه جانبا وغير جانبا ، ولا يطل البيع من أصله . وبهذا قال أصحاب الشافعي . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : يرجع بجميع الثمن ؛ لأن تلقه كان بمعنى استحق عند البائع ، فجرى مجرى إثلافه إياه . ولنا ، أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه ، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن ، كالمريض كان مريضا ، فمات بدائه ، أو مريضا ، فقتل بردته ، وما ذكروه منتقض بما ذكرناه ، ولا يصح قياسهم على إثلافه ؛ لأنه لم يتلفه ، فما اشتركا في المفتضي . ولو كانت الجناية موجبة لقطع يده ، فقطعت عند المشتري ، فقد تعيب في يده ؛ لأن استحقاق القطع دون حقيقته ، فهل يمنع ذلك رده بعينه ؟ على روايتين . ومتى اشتراه عالما بعينه ، لم يكن له رده ؛ ولا أرض ، كسائر المعيبات ، وهذا قول الشافعي .

فصل : وحكم المرتد حكم القاتل ، في صحة بيعه ، وسائر أحكامه المذكورة فيه ، فإن قتله غير متحتم ؛ لاحتمال رجوعه إلى الإسلام . وكذلك القاتل في المحاربة إذا تاب قبل القدرة عليه ، فإن لم يتب حتى قدر عليه ، فقال أبو الخطاب : هو كالقاتل في غير محاربة ؛ لأنه عبد قن ، يصح إعتاقه ، ويملك استخدامه ، فصح بيعه ، كغير القاتل ، ولأنه يمكنه الانتفاع به إلى حال قتله ، ويعتقه فينجز^(٤) به ولأولاده ، فجاز بيعه ، كالمريض المأیوس من برئه . وقال القاضي : لا يصح بيعه ؛ لأنه تحتم قتله وإثلافه وإذهاب ماليته ، وحرَم إبقاؤه ، فصار بمنزلة ما لا نفع فيه من الحشرات والميتات ، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به إلى قتله لا يتمهد بها محلا للبيع ، كالمنفعة الحاصلة من الميتة ؛ لسد بثق^(٥) ، أو إطعام كلب ، والأول أصح ، فإنه كان محلا للبيع ، والأصل بقاء ذلك فيه ، وانجتماع إثلافه

(٤) في م : « فينجن » .

(٥) البثق : موضع انبثاق الماء من نهر ونحوه .

لا يَجْعَلُهُ تَالِفًا ؛ بِدَلِيلٍ أَنَّ أَحْكَامَ الْحَيَاةِ ، مِنَ التَّكْلِيفِ وَغَيْرِهِ ، لَا تَسْقُطُ عَنْهُ ، وَلَا تَثْبُتُ أَحْكَامُ الْمَوْتِ لَهُ ، مِنْ إِرْثِ مَالِهِ ، وَتُقُودِ وَصِيَّتِهِ وَغَيْرِهَا ، وَلِأَنَّ خُرُوجَهُ عَنْ حُكْمِ الْأَصْلِ ، لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِدَلِيلٍ ، وَلَا نَصٌّ فِي هَذَا وَلَا إِجْمَاعٌ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ / عَلَى الْحَشَرَاتِ وَالْمَيِّتَاتِ ؛ لِأَنَّ تِلْكَ لَمْ تَكُنْ فِيهَا مَنَفَعَةٌ ، فِيمَا مَضَى ، وَلَا فِي الْحَالِ ، وَعَلَى أَنَّ^(٦) هَذَا التَّحْتَمُ يُمَكِّنُ زَوَالَهُ ؛ لِزَوَالِ مَا ثَبَتَ بِهِ مِنَ الرُّجُوعِ عَنِ الْإِقْرَارِ ، وَإِنْ كَانَ ثَبَتَ بِهِ ، أَوْ رُجُوعِ الْبَيِّنَةِ ، وَلَوْ لَمْ يُمَكِّنْ زَوَالَهُ ، فَأَكْثَرُ مَا فِيهِ تَحَقُّقُ تَلْفِهِ ، وَذَلِكَ يَجْعَلُهُ كَالْمَرِيضِ الْمَأْيُوسِ مِنْ بُرْئِهِ ، وَيَبْعُهُ جَائِزٌ .

٧٤٨ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ ، إِذَا كَانَ قَصْدُهُ لِلْعَبْدِ لَا لِلْمَالِ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا بَاعَ عَبْدَهُ ، أَوْ جَارِيَّتَهُ ، وَلَهُ مَالٌ مَلَكَهُ إِيَّاهُ مَوْلَاهُ ، أَوْ خَصَّهُ بِهِ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ » . رواه مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ^(١) . وَلِأَنَّ الْعَبْدَ وَمَالَهُ^(٢) لِلْبَائِعِ ، فَإِذَا بَاعَ الْعَبْدَ اخْتَصَّ الْبَيْعُ بِهِ دُونَ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ عَبْدَانِ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا . وَإِنْ اشْتَرَطَهُ الْمُبْتَاعُ كَانَ لَهُ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَرَوَى ذَلِكَ نَافِعٌ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَقَضَى بِهِ شَرِيحٌ ، وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ الْخَرَقِيُّ : إِذَا كَانَ قَصْدُهُ لِلْعَبْدِ لَا لِلْمَالِ . هَذَا مَنْصُوصُ أَحْمَدَ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَعُثْمَانَ الْبَتِّي . وَمَعْنَاهُ ، أَنَّهُ لَا يَقْصِدُ بِالْبَيْعِ شِرَاءَ مَالِ الْعَبْدِ ، إِنَّمَا يَقْصِدُ بَقَاءَ الْمَالِ لِعَبْدِهِ ، وَإِقْرَارَهُ فِي يَدِهِ ، فَمَتَى كَانَ كَذَلِكَ ، صَحَّ اشْتِرَاؤُهُ ، وَدَخَلَ فِي الْبَيْعِ بِهِ ، سِوَاهُ كَانَ الْمَالُ مَعْلُومًا أَوْ مَجْهُولًا ، مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، عَيْنًا

(٦) سقط من : الأصل .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢١ .

(٢) في الأصل : « ماله » بإسقاط الواو .

كان أو دَيْنًا ، وسواء كان مثل الثَّمَنِ أو أَقْلَ أو أَكْثَرَ . قال البَتِيُّ : إذا باع عَبْدًا (٣) بَأَلْفِ دِرْهَمٍ ، ومعه أَلْفُ دِرْهَمٍ ، فالْبَيْعُ جَائِزٌ إذا كانت رَغْبَةُ الْمُبْتَاعِ في الْعَبْدِ لا في الدَّرَاهِمِ ؛ وذلك لَأَنَّهُ دَخَلَ في الْبَيْعِ تَبَعًا غَيْرَ مَقْصُودٍ ، فَأَشْبَهَ أَاسَاسَاتِ الْحَيْطَانِ ، وَالتَّمْوِيَةِ بِالذَّهَبِ في السُّقُوفِ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَالُ مَقْصُودًا بِالشَّرَاءِ ، جَازَ اسْتِرَاطُهُ إِذَا وَجِدَتْ فِيهِ شَرَائِطُ الْبَيْعِ ، مِنْ الْعِلْمِ بِهِ ، وَأَنْ لَا يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّمَنِ رِبًّا ، كَمَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ فِي الْعَيْنَيْنِ الْمَبِيعَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ مَقْصُودٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ضَمَّ إِلَى الْعَبْدِ عَيْنًا أُخْرَى وَبَاعَهُمَا . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا يَنْبَغِي عَلَى كَوْنِ الْعَبْدِ يَمْلِكُ أَوْ لَا يَمْلِكُ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُ . فَاسْتَرَطَ الْمُشْتَرِي مَالَهُ صَارَ مَبِيعًا مَعَهُ ، فَاسْتَرَطَ فِيهِ مَا يُشْتَرَطُ فِي سَائِرِ الْمَبِيعَاتِ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ . احْتَمَلَتْ فِيهِ الْجَهَالَةُ وَغَيْرُهَا مِمَّا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ فِي الْبَيْعِ لَا أَصْلَ ، فَأَشْبَهَ طَى الْآبَارِ . وَهَذَا خِلَافُ نَصِّ أَحْمَدَ وَقَوْلِ الْخَرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا جَعَلَا الشَّرْطَ الَّذِي يَخْتَلِفُ الْحُكْمُ بِهِ قَصْدَ الْمُشْتَرِي دُونَ غَيْرِهِ ، وَهُوَ أَصَحُّ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَاحْتِمَالُ الْجَهَالَةِ فِيهِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَقْصُودٍ ، كَمَا ذَكَرْنَا ، كَاللَّبَنِ فِي ضَرْعِ الشَّاةِ الْمَبِيعَةِ ، وَالْحَمَلِ فِي بَطْنِهَا ، وَالصُّوفِ عَلَى ظَهْرِهَا ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ مَبِيعٌ ، وَيَحْتَمِلُ فِيهِ الْجَهَالَةُ وَغَيْرُهَا ، لَمَّا ذَكَرْنَا . وَقَدْ قِيلَ : إِنْ الْمَالُ لَيْسَ بِمَبِيعٍ هُنَا ، وَإِنَّمَا اسْتَبْقَاهُ الْمُشْتَرِي عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ لَا يَزُولُ عَنْهُ إِلَى الْبَائِعِ . وَهُوَ قَرِيبٌ مِنَ الْأَوَّلِ .

فصل : وإذا اشترى عبداً ، واشترط ماله ، ثم ردَّ العبدَ بعيبٍ أو خيارٍ أو إقالةٍ ، ردَّ ماله معه . وقال داودُ : يُردُّ العبدُ دُونَ مَالِهِ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ ، فَأَشْبَهَ النَّمَاءَ الْحَادِثَ عِنْدَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ أَخَذَهَا الْمُشْتَرِي ، لَا تَحْصُلُ بِدُونِ الْبَيْعِ ، فَيُرَدُّهَا بِالْفَسْخِ ، كَالْعَبْدِ ، وَلِأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا كَانَ ذَا مَالٍ كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَكْثَرَ ، فَأُخِذَ مَالُهُ يَنْقُصُ قِيَمَتُهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ رَدُّهُ حَتَّى يَدْفَعَ مَا يُزِيلُ نَقْصَهُ . فَإِنْ تَلَفَ مَالُهُ ، ثُمَّ أَرَادَ رَدُّهُ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، هَلْ يَمْنَعُ الرَّدُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ،

(٣) سقط من : الأصل .

فإن قلنا : يُرَدُّه . فعليه قِيمَةُ ما أُتْلِفَ . قال أَحْمَدُ : في رَجُلٍ اشْتَرَى أَمَةً معها قِنَاعٌ ، فاشْتَرَطَهُ ، وظَهَرَ على عَيْبٍ ، وقد تَلَفَ القِنَاعُ : غَرِمَ قِيمَتَهُ بِحَصْنَتِهِ مِنَ الثَّمَنِ .

فصل : وما كان على العَبْدِ أو الجَارِيَةِ من الحَلِيِّ ، فهو بِمَنْزِلَةِ مَالِهِ ، على ما ذَكَرْنَا . فَأَمَّا الثِّيَابُ فقال أَحْمَدُ : ما كان يَلْبَسُهُ عند البَائِعِ ، فهو لِلْمُشْتَرِي ، وإن كانت ثِيَابًا يَلْبَسُهَا فوق ثِيَابِهِ ، أو شَيْئًا يُزَيِّنُهُ بِهِ ، فهو للبَائِعِ ، إِلَّا أن يَشْتَرِيَهُ الْمُشْتَرِي . يعنى أَنَّ الثِّيَابَ الَّتِي يَلْبَسُهَا عَادَةً لِلْخِدْمَةِ وَالبِدَلَةِ ، تَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ ، دون الثِّيَابِ الَّتِي يَتَجَمَّلُ بِهَا ؛ لِأَنَّ ثِيَابَ البِدَلَةِ جَرَتْ الْعَادَةُ بِبَيْعِهَا مَعَهُ ، وَلِأَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِهَا مَصْلَحَتُهُ وَحَاجَتُهُ ، إِذْ لَا غَنَاءَ لَهُ عَنْهَا ، فَجَرَتْ مَجْرَى مَفَاتِيحِ الدَّارِ ، بِخِلَافِ ثِيَابِ الْجَمَالِ ، فَإِنَّهَا زِيَادَةٌ عَلَى الْعَادَةِ ، وَلَا تَتَعَلَّقُ بِهَا حَاجَةُ الْعَبْدِ ، وَإِنَّمَا يَلْبَسُهَا إِثَابُهُ لِيُنْفِقَهُ بِهَا ، وَهَذِهِ حَاجَةُ السَّيِّدِ ، لَا حَاجَةُ الْعَبْدِ ، وَلَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِالمُسَامَحَةِ فِيهَا ، فَجَرَتْ مَجْرَى السُّتُورِ فِي الدَّارِ وَالدَّابَّةِ الَّتِي يُرَكِّبُهَا عَلَيْهَا ، مَعَ دُخُولِهَا فِي الْحَبْرِ ، وَبَقَائِهَا عَلَى الْأَصْلِ . وقال ابنُ عُمرَ : مَنْ بَاعَ وَلِيدَةً ، زَيَّنَهَا بِثِيَابٍ ، فَلِلَّذِي اشْتَرَاهَا مَا عَلَيْهَا ، إِلَّا أن يَشْتَرِيَهُ الَّذِي بَاعَهَا . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ . وَلَنَا ، الْحَبْرُ الَّذِي رَوَاهُ ابنُ عمرَ . وَلِأَنَّ الثِّيَابَ لَمْ يَتَنَاوَلْهَا لَفْظُ الْبَيْعِ ، وَلَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِبَيْعِهَا مَعَهُ ، أَشْبَهَ سَائِرَ مَالِ الْبَائِعِ . وَلِأَنَّهُ زِينَةٌ لِلْمَبِيعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ زَيَّنَ الدَّارَ بِبِسَاطٍ أَوْ سِتْرِ .

فصل : وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ شَيْئًا ، إِذَا لَمْ يَمْلِكْهُ سَيِّدُهُ . فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وقال أَهْلُ الظَّاهِرِ : يَمْلِكُ ؛ لِدُخُولِهِ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ ^(٤) . وَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ » . فَأَضَافَ الْمَالَ إِلَيْهِ بِلَامِ التَّمْلِيكِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾ ^(٥) . وَلِأَنَّ سَيِّدَهُ يَمْلِكُ عَيْنَهُ وَمَنَافِعَهُ ، فَمَا حَصَلَ بِذَلِكَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ

(٤) سورة البقرة ٢٩ .

(٥) سورة النحل ٧٥ .

لِسَيِّدِهِ ، كَبْهِيمَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ مَلَكَهُ سَيِّدُهُ شَيْئًا ، ففِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَمْلِكُهُ .
وهو ظاهرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : وَالسَّيِّدُ يُزَكِّي عَمَّا فِي يَدِ عَبْدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالِكُهُ .
وقال : وَالْعَبْدُ لَا يَرِثُ ، وَلَا مَالٌ لَهُ فَيُورَثُ عَنْهُ . وهو اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَوْلُ أَبِي
حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَالشَّافِعِيَّ فِي الْجَدِيدِ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، فَلَمْ يَمْلِكْ ،
كَالْبَهِيمَةِ . وَالثَّانِيَةِ ، يَمْلِكُ . وَهِيَ أَصَحُّ عِنْدِي . وهو قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي
الْقَدِيمِ ؛ لِلآيَةِ وَالْخَبَرِ ، وَلِأَنَّهُ آدَمِيٌّ حَتَّى ، فَمَلَكَ كَالْحُرِّ ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ فِي
النِّكَاحِ ، فَمَلَكَ فِي الْمَالِ كَالْحُرِّ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ الْإِقْرَارُ لَهُ ، فَأَشْبَهَ الْحُرَّ ، وَمَا ذَكَرُوهُ
تَعْلِيلُ بِالْمَانِعِ ، وَلَا يَثْبُتُ اعْتِبَارُهُ إِلَّا أَنْ يُوجَدَ الْمُقْتَضَى فِي الْأَصْلِ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي
الْبَهِيمَةِ مَا يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْمِلْكِ لَهَا ، وَإِنَّمَا انْتَفَى مِلْكُهَا لِعَدَمِ الْمُقْتَضَى لَهُ ، لَا لِكَوْنِهَا
مَمْلُوكَةٌ ، وَكَوْنُهَا مَمْلُوكَةٌ / عَدِيمُ الْأَثَرِ ، فَإِنَّ سَائِرَ الْبَهَائِمِ الَّتِي لَيْسَتْ مَمْلُوكَةٌ
من الصُّيُودِ وَالْوُحُوشِ ، لَا تَمْلِكُ ، وَكَذَلِكَ الْجَمَادَاتُ ، وَإِذَا بَطَلَ كَوْنُ مَا ذَكَرُوهُ
مَانِعًا ، وَقَدْ تَحَقَّقَ الْمُقْتَضَى ، لَزِمَ ثُبُوتُ حُكْمِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

ظ ٢٤٠/٤

٧٤٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِنَسِيئَةٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْتَرِيَهَا بِأَقْلٍ مِمَّا
بَاعَهَا بِهِ)

ظ ١/٥

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا بِأَقْلٍ مِنْهُ نَقْدًا ، لَمْ
يَجُزْ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعَائِشَةَ ، وَالْحَسَنِ ،
وَابْنِ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّحْعِيِّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو الزِّنَادِ ، وَرَبِيعَةُ ، وَعَبْدُ الْعَزِيزِ
ابْنُ أَبِي سَلَمَةَ^(١) ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ
الرَّأْيِ . وَأَجَازَهُ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ ثَمَنٌ يَجُوزُ^(٢) أَنْ يَبِيعَهَا^(٣) بِهِ مِنْ غَيْرِ بَائِعِهَا ، فَجَازَ

(١) هو عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون ، أبو عبد الله ، فقيه مالكي ، ثقة صدوق ، كثير الحديث .
توفي سنة أربع وستين ومائة . تهذيب التهذيب ٦/٣٤٣ ، ٣٤٤ . وانظر : طبقات الفقهاء ، للشيرازي ٦٧ .
(٢ - ٢) في م : « يبيعها » .

من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها . ولنا ، ما رَوَى عُندَرٌ ، عن شُعْبَةَ ، عن أبي إسحاق السبيعي ، عن امرأته العالية بنت أَيْفَع بن شُرْحَيْل ، أنها قالت : دَخَلْتُ أنا وأُمُّ وَلَدِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ وامرأته على عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، فَقَالَتْ أُمُّ وَلَدِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ : إِنِّي بَعْتُ غُلَامًا مِنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَى الْعَطَاءِ ، ثُمَّ اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ بِسِتِّمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَقَالَتْ لَهَا : بِئْسَ مَا شَرَيْتِ ، وَبِئْسَ مَا اشْتَرَيْتِ ، أَيْلَغِي زَيْدُ بْنُ أَرْقَمَ : أَنَّهُ قَدْ أَبْطَلَ جِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، إِلَّا أَنْ يَتُوبَ . رواه الإمام أَحْمَدُ^(٣) ، وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ . وَالظَّاهِرُ ، أَنَّهَا لَا تَقُولُ مِثْلَ هَذَا التَّغْلِيظِ ، وَتُقَدِّمُ عَلَيْهِ ، إِلَّا بِتَوْقِيفِ سَمْعَتِهِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَجَرَى مَجْرَى رِوَايَتِهَا ذَلِكَ عَنْهُ ، وَلَأنَّ ذَلِكَ ذَرِيعَةٌ إِلَى الرَّبَا ، فَإِنَّهُ يُدْخِلُ السَّلْعَةَ ، لِيَسْتَبِيحَ بَيْعُ أَلْفٍ بِخَمْسِمِائَةٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ . وَكَذَلِكَ رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ قَالَ : أَرَى مِائَةَ بِخَمْسِينَ بَيْنَهُمَا حَرِيرَةٌ . يَعْنِي خِرْقَةً حَرِيرٍ جَعَلَاهَا فِي بَيْعِهِمَا . وَالذَّرَائِعُ مُعْتَبَرَةٌ لِمَا قَدَّمَاهُ ، فَأَمَّا بَيْعُهَا بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، أَوْ أَكْثَرَ ، فَيَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ ذَرِيعَةً . وَهَذَا إِذَا كَانَتِ السَّلْعَةُ لَمْ تَنْقُصْ عَنْ حَالَةِ الْبَيْعِ ، فَإِنْ نَقَصَتْ ، مِثْلُ أَنْ هَزَلَ الْعَبْدُ ، أَوْ نَسِيَ صِنَاعَةً ، أَوْ تَخَرَّقَ الثَّوبُ ، أَوْ بَلَى جِازَ لَهُ شِرَاؤُهَا بِمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّ نَقْصَ الثَّمَنِ لِنَقْصِ الْمَبِيعِ ، لَا لِلتَّوَسُّلِ إِلَى الرَّبَا . وَإِنْ نَقَصَ سِعْرُهَا ، أَوْ زَادَ لَذَلِكَ ، أَوْ لَمَعْنَى حَدَثَ فِيهَا ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهَا بِأَقْلَ مِنْ ثَمَنِهَا ، / كَمَا لَوْ كَانَتْ بِحَالِهَا . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا كُلِّهِ .

و ٢/٥

فصل : وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِعَرَضٍ ، أَوْ كَانَ يَبِيعُهَا الْأَوَّلُ بِعَرَضٍ ، فَاشْتَرَاهَا بِنَقْدٍ ، جَازَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ إِنَّمَا كَانَ لِشُبْهَةِ الرَّبَا ،

(٣) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَبِيعُ الشَّيْءَ إِلَى أَجَلٍ ... إلخ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٣٠/٥ ، ٣٣١ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَبِيعُ السَّلْعَةَ ... إلخ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُصَنَّفِ ١٨٤/٨ ، ١٨٥ .

ولا رباً بين الأثمان والعروض . فأمّا إن باعها بنقْد ، ثم اشتراها بنقْدٍ آخر ، مثل أن يبيعها بمائتي درهم ، ثم اشتراها بعشرة دنانير ، فقال أصحابنا : يجوز ؛ لأنّهما جنسان لا يحرم التفاضل بينهما . فجاز ، كما لو اشتراها بعرض ، أو بمثل الثمن . وقال أبو حنيفة : لا يجوز استحساناً ؛ لأنّهما كالشيء الواحد في معنى الثمنية ، ولأنّ ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا ، فأشبه ما لو باعها بجنس الثمن الأول .^(٤) وهذا أصح . إن شاء الله تعالى^(٥) .

فصل : وهذه المسألة تُسمّى مسألة العينة . قال الشاعر^(٦) :

أَنْدَانُ أَمْ نَعْتَانُ أَمْ يَنْبَرِي لَنَا فَتَى مِثْلُ نَصْلِ السِّيفِ مِيزَتْ مَضَارِبُهُ^(٧)

فقوله : نَعْتَانُ . أى نَشْتَرِي عَيْنَةً^(٨) مثل ما وَصَفْنَا . وقد رَوَى أبو داود^(٩) ، بإسناده عن ابن عمر قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعَيْنَةِ ، وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ ، وَرَضَيْتُمْ بِالزَّرْعِ ، وَتَرَكْتُمُ الْجِهَادَ ، سَلَّطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ » . وهذا وَعِيدٌ يَدُلُّ عَلَى التَّحْرِيمِ . وقد رَوَى عن أحمد ، أنّه قال : العينة أن يكونَ عندَ الرَّجُلِ الْمَتَاعُ ، فلا يبيعه إلا بنسيئة ، فإن باعه بنقْدٍ ونسيئة فلا بأس . وقال : أكرهه للرجل أن لا يكونَ له تجارة غير العينة ، لا يبيع بنقْدٍ . وقال ابن عَقِيلٍ : إنّما كرهه النسيئة لمضارعتها الربا ، فإنّ الغالب أنّ البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالأجل . ويجوز أن تكون العينة اسماً لهذه المسألة وللبيع بنسيئة جميعاً ، لكنّ البيع بنسيئة ليس بمحرّم اتفاقاً ، ولا يكرهه ، إلا أن

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) نسيبه ابن منظور في اللسان (د ي ن) إلى ثمر .

(٦) في اللسان : « هزت مضاربه » . وندان : نأخذ ذئنا .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) في : باب في النهي عن العينة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٤٦ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢/٤٢ ، ٨٤ .

لا يكون له تجارة غيره .

فصل : وإن باع سلعة بنقد ، ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة ، فقال أحمد ، في رواية حرب : لا يجوز ذلك ، إلا أن يُغَيَّرَ السلعة ؛ لأنَّ ذلك يتَّخِذُهُ وَسِيلَةً إِلَى الرَّبَا ، فَأُشْبِهَ مَسْأَلَةَ الْعَيْنَةِ . فَإِنْ اشْتَرَاهَا بِنَقْدٍ آخَرَ ، أَوْ بِسِلْعَةٍ أُخْرَى ، أَوْ بِأَقْلٍ مِنْ ثَمَنِهَا نَسِيئَةً ، جَازَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي / مَسْأَلَةِ الْعَيْنَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ شِرَاؤها بِجِنْسِ الثَّمَنِ بِأَكْثَرٍ مِنْهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عَنْ مُوَاطَّاةٍ ، أَوْ حِيلَةٍ ، فَلَا يَجُوزُ . وَإِنْ وَقَعَ ذَلِكَ اتِّفَاقًا مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ حِلُّ الْبَيْعِ ، وَإِنَّمَا حُرِّمَ فِي مَسْأَلَةِ الْعَيْنَةِ بِالْإِثْرِ الْوَارِدِ فِيهِ ، وَلَيْسَ هَذَا فِي مَعْنَاهُ ، وَلِأَنَّ التَّوَسُّلَ بِذَلِكَ أَكْثَرُ ، فَلَا يُلْحَقُ ^(٩) بِهِ مَا دُونَهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وفي كلِّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ . لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِوَكِيلِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ ، وَيَجُوزُ لغيرِهِ مِنَ النَّاسِ ، سَوَاءً كَانَ أَبَاهُ ، أَوْ ابْنَهُ ، أَوْ غَيْرَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ الْبَائِعِ وَيَشْتَرِي لِنَفْسِهِ ، فَأُشْبِهَ الْأَجْنَبِيَّ .

فصل : ومن باع طعامًا إِلَى أَجَلٍ ، فَلَمَّا حَلَّ الْأَجَلَ أَخَذَ مِنْهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي فِي ذِمَّتِهِ طَعَامًا قَبْلَ قَبْضِهِ ، لَمْ يَجُزْ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَطَاوُسٍ ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ . وَأَجَازَهُ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَعَلِيُّ بْنُ حُسَيْنٍ ^(١٠) ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، قَالَ عَلِيُّ بْنُ حُسَيْنٍ : إِذَا لَمْ يَكُنْ لَكَ فِي ذَلِكَ رَأْيٌ . وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ أَبِي مَرْيَمَ ، أَنَّهُ قَالَ : بَعْتُ تَمْرًا مِنَ التَّمَارِينَ ، كُلِّ سَبْعَةِ أَصْعٍ بِدِرْهَمٍ ، ثُمَّ وَجَدْتُ عِنْدَ رَجُلٍ مِنْهُمْ تَمْرًا يَبِيعُهُ أَرْبَعَةَ أَصْعٍ بِدِرْهَمٍ ، فَاشْتَرَيْتُ مِنْهُ ، فَسَأَلْتُ عِكْرِمَةَ عَنْ ذَلِكَ ؟ فَقَالَ : لَا بَأْسَ ، أَخَذْتَ أَنْقَصَ مِمَّا بَعْتُ . ثُمَّ سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنْ ذَلِكَ ، وَأَخْبَرْتُهُ

(٩) في م : « يلتحق » .

(١٠) يعني علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب ، زين العابدين ، روى عن أبيه وعمه الحسن ، وأرسل عن جده عليه السلام . تهذيب التهذيب ٣٠٥/٧ - ٣٠٧ .

بقول عِكْرِمَةَ ، فقال : كَذَبَ ، قال ^(١١) عبدُ اللهِ بنُ عَبَّاسٍ : ما بَعْتُ من شيءٍ مِمَّا يُكَالُ بِمِكْيَالٍ ، فلا تأخذُ منه شيئاً مِمَّا يُكَالُ بِمِكْيَالٍ ، إِلَّا وَرِقاً أو ذَهباً ، فإذا أَخَذْتَ وَرِقَكَ ، فَأَبْتَعْ مِمَّنْ شِئْتَ منه ، أو مِن غَيْرِهِ . فَرَجَعْتُ ، فإذا عِكْرِمَةُ قد طَلَبَنِي ، فقال : الذى قلتُ لك هو حَلَالٌ هو حَرَامٌ . فقلتُ لسعيدِ بنِ المُسيَّبِ : إن فَضَلَ لى عنده فَضْلٌ ؟ قال : فَأَعْطِهِ أنت الكَسْرَ ، وَتُخَذُ منه الدَّرْهَمُ . ووجهُ ذلك ، أَنَّهُ ذَرِيعَةٌ إلى بَيْعِ الطَّعَامِ بالطَّعَامِ نَسِيئَةً ، فَحَرُمَ ، كَمَسْأَلَةِ الْعَيْنَةِ ، فعلى هذا ، كُلُّ شَيْئَيْنِ حُرْمَ النِّسَاءِ فِيهِمَا ، لا يَجُوزُ أَنْ يُؤْخَذَ أَحَدُهُمَا عِوَضًا عن الآخرِ قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ ، إذا كانَ البَيْعُ نِسَاءً . نَصَّ أَحْمَدُ على ما يَدُلُّ على هذا . وكذلك قال سَعِيدُ ابنِ المُسيَّبِ / ، فيما حَكَيْنَا عنه . والذى يَقْوَى عندى جَوَازُ ذلك إذا لم يَفْعَلْهُ حِيلَةً ، ولا قَصْدَ ذلك فى ابتداءِ العقدِ ، كما قال على بنُ الحسينِ ، فيما يَرَوِى عنه عبدُ اللهِ ابنُ زَيْدٍ قال : قَدِمْتُ على على بنِ الحسينِ ، فقلتُ له : إِنِّى أَجُذُّ نَخْلِي ، وَأَبِيعُ مِمَّنْ حَضَرَ نِى التَّمَرِ إلى أَجَلٍ ، فَيَقْدُمُونَ بِالْحِنْطَةِ ، وقد حَلَّ ذلك الأَجَلُ ، فَيُوقِفُونَهَا بالسُّوقِ ، فَأَبْتَاغُ مِنْهُمْ وَأَقَاصُثُهُمْ . قال : لا بَأْسَ بِذلك ، إذا لم يَكُنْ مِنْكَ على رَأْيٍ . وذلك لِأَنَّهُ اشْتَرَى الطَّعَامَ بالدراهمِ التى فى الذِّمَّةِ بعد انبِرَامِ ^(١٢) العقدِ أوَّلَ لُزُومِهِ ، فَصَحَّ ، كما لو كانَ المَبِيعُ الأوَّلُ حَيَوَانًا أو ثِيَابًا ، وَلَمَّا ذَكَرْنَا فى الفَصْلِ الذى قَبْلَ هذا ، فَإِنَّهُ لم يَأْخُذْ بِالثَّمَنِ طَعَامًا ، وَلَكِنْ اشْتَرَى مِنَ الْمُشْتَرَى طَعَامًا بِدَرَاهِمَ ، وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ ، ثُمَّ أَخَذَهَا مِنْهُ وَفَاءً ، أو لم يُسَلِّمْهَا إِلَيْهِ ، لَكِنْ قَاصَّةً بِهَا ، كما فى حَدِيثِ على بنِ الحسينِ .

و ٣/٥

٧٥٠ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ بَاعَ حَيَوَانًا ، أَوْ غَيْرَهُ بِالْبَرَاءَةِ مِنْ كُلِّ غَيْبٍ ، لَمْ يَبْرَأْ ، سِوَاءَ عِلْمِهِ بِهِ الْبَائِعُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فى الْبَرَاءَةِ مِنَ الْعُيُوبِ ، فَرَوِى عنه : أَنَّهُ لا يَبْرَأُ ، إِلَّا

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) فى م : « انبرامه » .

أَنْ يَعْلَمَ الْمُشْتَرِي بِالْعَيْبِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ ، وَالْحَكَمُ ، وَحَمَّادُ : لَا يَبْرَأُ إِلَّا بِمَا سَمَى . وَقَالَ شُرَيْحٌ : لَا يَبْرَأُ إِلَّا بِمَا أَرَاهُ أَوْ وَضَعَ ^(١٣) يَدَهُ عَلَيْهِ . وَرَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عَطَاءٍ ، وَالْحَسَنِ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُ مُرْفَقٌ فِي الْبَيْعِ ، لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالشَّرْطِ ، فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الْجَهْلِ ، كَالْخِيَارِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ : أَنَّهُ يَبْرَأُ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ لَمْ يَعْلَمْهُ ، وَلَا يَبْرَأُ مِنْ عَيْبٍ عِلْمُهُ . وَيُرَوَّى ذَلِكَ عَنْ عَثْمَانَ ، وَنَحْوَهُ عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي الْحَيَوَانِ خَاصَّةً ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ عُمَرَ بَاعَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ عَبْدًا بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْعَيْبِ ، بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَأَصَابَ بِهِ زَيْدٌ عَيْبًا ، فَأَرَادَ رَدُّهُ عَلَى ابْنِ عُمَرَ ، فَلَمْ يَقْبَلْهُ ، فَتَرَفَعَا إِلَى عَثْمَانَ ، فَقَالَ عَثْمَانُ لَابْنِ عُمَرَ : تَحْلِفُ أَنَّكَ لَمْ تَعْلَمْ بِهَذَا الْعَيْبِ ؟ فَقَالَ : لَا . فَرَدَّهُ عَلَيْهِ ، فَبَاعَهُ ابْنُ عُمَرَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ . وَهَذِهِ قَضِيَّةٌ اشْتَهَرَتْ ، فَلَمْ تُنْكَرْ ، فَكَانَتْ إِجْمَاعًا . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ أَجَازَ الْبَرَاءَةَ مِنَ الْمَجْهُولِ ، فَيُخْرَجُ مِنْ هَذَا صِحَّةُ الْبَرَاءَةِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ . وَرَوَى هَذَا عَنْ ابْنِ عُمَرَ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ / لِمَا رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا فِي مَوَارِيثَ دَرَسَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « اسْتَهِمَا ، وَتَوَخَّيَا ، وَلْيَحْلِلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا صَاحِبَهُ » ^(١٤) فَدَلَّ هَذَا عَلَى أَنَّ الْبَرَاءَةَ مِنَ الْمَجْهُولِ جَائِزَةٌ ، وَلِأَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقٍّ لَا تَسْلِيمَ فِيهِ ، فَصَحَّ مِنَ الْمَجْهُولِ ، كَالْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْحَيَوَانِ وَغَيْرِهِ ، فَمَا ثَبَتَ فِي أَحَدِهِمَا ثَبَتَ فِي الْآخَرِ ، وَقَوْلُ عَثْمَانَ قَدْ خَالَفَهُ ابْنُ عُمَرَ ، وَقَوْلُ الصَّحَابِيِّ الْمُخَالَفِ لَا يَبْقَى حُجَّةٌ .

فصل : فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ شَرْطُ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْعُيُوبِ . فَشَرْطُهُ لَمْ يُفْسِدِ الْبَيْعَ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ بَاعَ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ ، فَأَجْمَعُوا عَلَى صِحَّتِهِ ، وَلَمْ يُنْكَرْهُ مُنْكَرٌ . فَعَلَى هَذَا لَا يُمْنَعُ الرَّدُّ بِوُجُودِ الشَّرْطِ ،

(١٣) فِي النِّسْخِ : « وَاضِعٌ » . وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا أَثْبَتْنَاهُ .

(١٤) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي قِضَاءِ الْقَاضِي إِذَا أَخْطَأَ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٧١/٢ .

وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٢٠/٦ .

ويكون وجوده كعدمه . وعن أحمد في الشرط الفاسدة روايتان ؛ إحداهما ، أنها تُفسد العقد ، فيدخل فيها هذا البيع ؛ لأن البائع إنما رضى بهذا الثمن عوضاً عنه بهذا الشرط ، فإذا فسد الشرط فأتى الرضى به ، فيفسد البيع ؛ لعدم التراضي به .

٧٥١ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ بَاعَ شَيْئًا مُرَابَحَةً ، فَعَلِمَ أَنَّهُ زَادَ^(١)) فِي رَأْسِ مَالِهِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِالزِّيَادَةِ ، وَحَطَّهَا مِنَ الرَّبْحِ)

معنى بيع المُرَابَحَةِ ، هو البيع برأس المال وربح معلوم ، ويشتراط علمهما برأس المال ، فيقول : رأس مالي فيه ، أو هو على بمائة بعثك بها ، وربح عشرة ، فهذا جائز لا خلاف في صحته ، ولا نعلم فيه عند أحد كراهة . وإن قال : بعثك برأس مالي فيه وهو مائة ، وأربح في كل عشرة درهماً ، أو قال :^(٢) ده يارده . أو ده داوزده^(٣) . فقد كرهه أحمد . وقد رويت كراهته عن ابن عمر ، وابن عباس ، ومسروق ، والحسن ، وعكرمة ، وسعيد بن جبير ، وعطاء بن يسار . وقال إسحاق : لا يجوز . لأن الثمن مجهول حال العقد ، فلم يجز ، كما لو باعه بما يخرج به في الحساب . ورخص فيه سعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، وشريح ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . ولأن رأس المال معلوم ، والربح معلوم ، فأشبهه ما لو قال : وربح عشرة دراهم . ووجه الكراهة / أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ، ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفاً ، ولأن فيه نوعاً من الجهالة ، والتحرز عنها أولى . وهذه كراهة تنزيه ، والبيع صحيح ؛ لما ذكرنا ، والجهالة يمكن إزالتها بالحساب ، فلم تضر ، كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم ، وأما ما يخرج به في الحساب ، فمجهول في الجملة والتفصيل . إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب ، فنقول : متى باع شيئاً برأس ماله ، وربح عشرة ،

٤/٥ و

(١) في م : « واد » . تحريف .

(٢ - ٣) فارسي ، بمعنى ما تقدم .

ثم عَلِمَ بِتَنَبُّيهِ أَوْ إِقْرَارِ أَنَّ رَأْسَ مَالِهِ تَسْعُونَ ، فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ فِي الثَّمَنِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ الْعَقْدِ ، كَالْعَيْبِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ بِمَا زَادَ فِي رَأْسِ الْمَالِ ، وَهُوَ عَشْرَةٌ ، وَحَطَّهَا مِنَ الرَّبْحِ ، وَهُوَ دِرْهَمٌ ، فَيَبْقَى عَلَى الْمُشْتَرِي بِتِسْعَةِ وَتَسْعِينَ دِرْهَمًا . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْأَخْذِ بِكُلِّ الثَّمَنِ ، أَوْ يَتْرُكُ ، قِيَاسًا عَلَى الْمَعِيبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بَاعَهُ بِرَأْسِ مَالِهِ ^(٣) وَمَا قَدَّرَهُ مِنَ الرَّبْحِ ، فَإِذَا بَانَ رَأْسُ مَالِهِ قَدْرًا مَبِيعًا بِهِ وَبِالزِّيَادَةِ الَّتِي اتَّفَقَا عَلَيْهَا ، وَالْمَعِيبُ كَذَلِكَ عِنْدَنَا ، فَإِنَّ لَهُ أَخْذَ الْأَرْضِ ، ثُمَّ الْمَعِيبُ لَمْ يَرْضَ بِهِ ، إِلَّا بِالثَّمَنِ الْمَذْكُورِ ، وَهَهُنَا رَضِيَ فِيهِ بِرَأْسِ الْمَالِ وَالرَّبْحِ الْمَقَرَّرِ . وَهَلْ لِلْمُشْتَرِي خِيَارٌ ؟ فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْمُشْتَرِي مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَخْذِ الْمَبِيعِ بِرَأْسِ مَالِهِ وَحِصَّتِهِ مِنَ الرَّبْحِ ، وَبَيْنَ تَرْكِهِ . نَقَلَهُ حَنْبَلٌ . وَحُكِيَ ذَلِكَ قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَأْمَنُ الْجِنَايَةَ فِي هَذَا الثَّمَنِ أَيْضًا ، وَلِأَنَّهُ رَبُّمَا كَانَ لَهُ غَرَضٌ فِي الشِّرَاءِ بِذَلِكَ الثَّمَنِ بَعِيْنِهِ ؛ لِكَوْنِهِ حَالِفًا ، أَوْ وَكِيلًا ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ . وَحُكِيَ ذَلِكَ قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَهُ بِمِائَةٍ وَعَشْرَةٍ ، فَإِذَا حَصَلَ لَهُ بِتِسْعَةِ وَتَسْعِينَ ، فَقَدْ زَادَهُ خَيْرًا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ مَعِيبٌ ، فَبَانَ صَحِيحًا ، أَوْ أُمِّيٌّ ، فَبَانَ صَانِعًا أَوْ كَاتِبًا ، أَوْ وُكِّلَ فِي شِرَاءِ مُعَيَّنٍ بِمِائَةٍ ، فَاشْتَرَاهُ بِتَسْعِينَ . وَأَمَّا الْبَائِعُ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَهُ بِرَأْسِ مَالِهِ وَحِصَّتِهِ مِنَ الرَّبْحِ ، وَقَدْ حَصَلَ لَهُ ذَلِكَ .

٤/٥ ظ

فصل : وَإِذَا أَرَادَ الْإِنْخِبَارُ بِثَمَنِ السِّلْعَةِ ، فَإِنْ كَانَتْ / بِحَالِهَا ، لَمْ تَتَغَيَّرْ ، أَخْبَرَ بِثَمَنِهَا ، وَإِنْ حَطَّ الْبَائِعُ بَعْضَ الثَّمَنِ عَنِ الْمُشْتَرِي ، أَوْ اسْتَرَادَهُ ^(٤) بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ ، لَمْ يُجْزِئْهُ ، وَيُخْبِرُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، لَا غَيْرُ . وَلِأَنَّ ذَلِكَ هِبَةٌ مِنْ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ ، لَا يَكُونُ عَوَضًا . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْحَقُ بِالْعَقْدِ ، وَيُخْبِرُ بِهِ

(٣) فِي م : « الْمَالِ » .

(٤) فِي م : « اشْتَرَاهُ » .

في المُرَابَحَةِ ، وهذه مَسْأَلَةٌ يَأْتِي ذِكْرُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي مُدَّةِ
الْخِيَارِ ، لَحِقَ بِالْعَقْدِ ، وَأُخْبِرَ بِهِ فِي الثَّمَنِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَلَا أَعْلَمُ
عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . فَإِنْ تَغَيَّرَ سِعْرُهَا دُونَهَا ، فَإِنْ غَلَتْ ، لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِخْبَارُ بِذَلِكَ ؛
لَأَنَّهُ زِيَادَةٌ فِيهَا ، وَإِنْ رَخِصَتْ ، فَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْإِخْبَارُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ
صَادِقٌ بِدُونِ الْإِخْبَارِ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ الْإِخْبَارُ بِالْحَالِ ؛ فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَوْ عَلِمَ
ذَلِكَ ، لَمْ يَرْضَها بِذَلِكَ الثَّمَنِ ، فَكَيْفَ تَأْخِيرُهُ بِهِ . فَإِنْ أُخْبِرَ بِدُونِ ثَمَنِهَا ، وَلَمْ
يَتَبَيَّنِ الْحَالُ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ يَجْمَعُ بَيْنَ الْكَذِبِ وَالتَّغْيِيرِ .

فصل : فأما إِنْ تَغَيَّرَتِ السَّلْعَةُ فَذَلِكَ عَلَى ضَرِّئَيْنِ :

أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَتَغَيَّرَ زِيَادَةً ، وَهِيَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَزِيدَ لِنَمَائِهَا ، كَالسَّمَنِ ،
وَتَعْلَمَ صَنْعَةً ، أَوْ يَحْصُلَ مِنْهَا نَمَاءٌ مُنْفَصِلٌ ، كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ ، وَالْكَسْبِ ، فَهَذَا
إِذَا أَرَادَ أَنْ يَبِيعَهَا مُرَابَحَةً ، أُخْبِرَ بِالثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ؛ لِأَنَّهُ الْقَدْرُ الَّذِي اشْتَرَاهَا
بِهِ . وَإِنْ أَخَذَ النَّمَاءَ الْمُنْفَصِلَ ، أَوْ اسْتَحْدَمَ الْأَمَةَ ، أَوْ وَطِئَ الثَّيْبَ ، أُخْبِرَ بِرَأْسِ
الْمَالِ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ تَبْيِينُ الْحَالِ . وَرَوَى ابْنُ الْمُنْذِرِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ تَبْيِينُ ذَلِكَ
كُلَّهُ . وَهُوَ قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ فِي الْعَلَّةِ يَأْخُذُهَا : لَا بَأْسَ أَنْ يَبِيعَ
مُرَابَحَةً ، وَفِي الْوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ لَا يَبِيعُ مُرَابَحَةً حَتَّى يُبَيَّنَ ، وَلَأَنَّهُ مِنْ مُوجِبِ الْعَقْدِ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ صَادِقٌ فِيمَا أُخْبِرَ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَغْيِيرٍ بِالْمُشْتَرِي ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَزِدْ ،
وَلَأَنَّ الْوَلَدَ وَالثَّمَرَةَ نَمَاءٌ مُنْفَصِلٌ ، فَلَمْ يَمْنَعْ مِنْ بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ بِدُونِ ذِكْرِهِ ، كَالْعَلَّةِ .
وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ مُوجِبَاتِ الْعَقْدِ . النَّوعُ الثَّانِي ، أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا عَمَلًا ،
مِثْلَ أَنْ يَقْصُرَهَا ، أَوْ يَرْفُوهَا ، أَوْ يُجَمِّلَهَا^(٥) أَوْ يَخِيطَهَا ، فَهَذِهِ مَتَى أَرَادَ أَنْ يَبِيعَهَا
مُرَابَحَةً أُخْبِرَ بِالْحَالِ عَلَى وَجْهِهِ ، سِوَاءِ عَمَلٍ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ أَوْ اسْتَأْجَرَ مَنْ
عَمِلَهُ . / هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : يُبَيَّنُ مَا اشْتَرَاهُ وَمَا لَزِمَهُ ، وَلَا يَجُوزُ

٥/٥ و

(٥) فِي الْأَصْلِ : « يَجْمَلُهَا » . وَفِي م : « يَجْعَلُهَا » . وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا أَثْبَتْنَاهُ .

أن يقول : تَحَصَّلْتُ عَلَى بكذا . وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وسعيد بن المسيب ، وطاوس ، والنخعي ، والأوزاعي ، وأبو ثور . ويَحْتَمِلُ أن يجوز فيما استأجر عليه أن يَضُمَّ الأجرة إلى الثمن ، ويقول : تَحَصَّلْتُ عَلَى بكذا . لأنه صادق . وبه قال الشعبي ، والحكم ، والشافعي . ولنا ، أنه تغرير بالمشتري ، فإنه عسى أن لو عَلِمَ أن بعض ما تَحَصَّلْتُ به لأجل الصناعة ، لا يرغب فيه ؛ لِعَدَمِ رَغْبَتِهِ في ذلك ، فأشبهه ما يَنْقُصُ الحيوان في مؤنته ، وكسوته ، وعلى المبتاع في خزنه .

الضرب الثاني ، أن يَتَغَيَّرَ بِنَقْصٍ ، كَنَقْصِهِ بِمَرَضٍ ، أو جناية عليه ، أو تَلَفٍ بعضه ، أو بولادة ، أو عيب ، أو يأخذ المشتري بعضه ، كالصوف واللبن الموجود ونحوه ، فإنه يُخْبِرُ بالحال على وجهه ، لا نَعْلَمُ فيه خلافا . وإن أخذ أرض العيب ، أو الجناية ، أخبر بذلك على وجهه . ذكره القاضي . وقال أبو الخطاب : يَحْطُ أَرْضَ الْعَيْبِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَيُخْبِرُ بِالْبَاقِي ، لَأَنَّ أَرْضَ الْعَيْبِ عَوَضُ مَا فَاتَ بِهِ ، فَكَانَ ثَمَنُ الْمَوْجُودِ هُوَ مَا بَقِيَ . وفي أرض الجناية وجهان ؛ أحدهما ، يَحْطُهُ مِنَ الثَّمَنِ ، كَأَرْضِ الْعَيْبِ . والثاني ، لا يَحْطُهُ كَالنَّمَاءِ . وقال الشافعي : يَحْطُهُمَا مِنَ الثَّمَنِ ، ويقول : تَقَوَّمْ عَلَى بكذا ؛ لأنه صادق فيما أخبر به ، فأشبهه ما لو أخبر بالحال على وجهه . ولنا ، أن الإخبار بالحال على وجهه أبلغ في الصّدق ، وأقرب إلى البيان ونفي التغرير بالمشتري والتدليس عليه ، فلزمه ذلك ، كما لو اشترى شئين بثمان واحد ، وقسّط الثمن عليهما . وقياس أرض الجناية عليه على النماء والكسب غير صحيح ؛ لأن الأرض عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه ، فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه ، وكقيمة أحد الثوبين إذا تلف أحدهما ، والنماء والكسب زيادة لم ينقص بها المبيع ، ولا هي عوض عن شيء منه ، فأما إن جنى المبيع ، ففداه المشتري ، لم يلحق ذلك بالثمن ، ولم يُخْبِرْ به في المراجعة ، بغير خلاف نعلمه ؛ لأن هذا الأرض لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتا ، وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها بربقته ، فأشبهه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند / المشتري . فأما الأدوية ، والمؤنة ، والكسوة ، وعمله في السلعة بنفسه ، أو عمل غيره له بغير أجرة ، فإنه

لا يُخْبِرُ بذلك في الثَّمَنِ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وإن أُخْبِرَ بالحَالِ على وَجْهِهِ ، فَحَسَنٌ .

فصل : وإن اشْتَرَى شَيْئَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، ثم أَرَادَ بَيْعَ أَحَدِهِمَا مُرَابَحَةً ، أو اشْتَرَى اثْنَانِ شَيْئًا ، فَتَقَاسَمَاهُ ، وأَرَادَ أَحَدُهُمَا بَيْعَ نَصِيْبِهِ مُرَابَحَةً ، بِالثَّمَنِ الَّذِي أَدَّاهُ فِيهِ ، فَذَلِكَ قِسْمَانِ :

أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ^(٥) مِنَ الْمُتَقَوِّمَاتِ الَّتِي لَا يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَيْهَا بِالْأَجْزَاءِ ، كَالثِّيَابِ وَالْحَيَوَانِ وَالشَّجَرَةِ الْمُثْمِرَةِ ، وَأَشْبَاهِ هَذَا ، فَهَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ مُرَابَحَةً ، حَتَّى يُخْبَرَ بِالْحَالِ عَلَى وَجْهِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . فَقَالَ : كُلُّ بَيْعٍ اشْتَرَاهُ جَمَاعَةٌ ، ثُمَّ اقْتَسَمُوهُ ، لَا يَبِيعُ أَحَدُهُمْ مُرَابَحَةً ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : اشْتَرَيْنَاهُ جَمَاعَةً ، ثُمَّ اقْتَسَمْنَاهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَجُوزُ بَيْعُهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ يَنْقَسِمُ عَلَى الْمَبِيعِ عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِ ؛ بِدَلِيلٍ مَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ شِقْصًا وَسَيْفًا ، أَخَذَ الشَّفِيعُ الشَّقْصَ^(٦) بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ ، فَوَجَدَ أَحَدَهُمَا مَعِيًّا ، رَدَّه بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، فِيمَا اشْتَرَاهُ اثْنَانِ فَتَقَاسَمَاهُ رِوَايَةً أُخْرَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ مُرَابَحَةً بِمَا اشْتَرَاهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ثَمَنُهُ ، فَهُوَ صَادِقٌ فِيمَا أُخْبِرَ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ قِسْمَةَ الثَّمَنِ عَلَى الْمَبِيعِ طَرِيقُهُ الظَّنُّ وَالتَّخْمِينُ ، وَاحْتِمَالُ الْخَطَا فِيهِ كَثِيرٌ ، وَيَبِيعُ الْمُرَابَحَةُ أَمَانَةً ، فَلَمْ يَجُزْ هَذَا فِيهِ ، فَصَارَ هَذَا كَالْخَرْصِ الْحَاصِلِ بِالظَّنِّ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يُبَاعَ بِهِ مَا يَجِبُ التَّمَاتُّلُ فِيهِ ، وَإِنَّمَا أَخَذَ الشَّفِيعُ بِالْقِيَمَةِ لِلْحَاجَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَيْهِ ، وَكَوْنِهِ لَا طَرِيقَ لَهُ سِوَى التَّقْوِيمِ ، وَلَئِنَّهُ لَوْ لَمْ يَأْخُذْ بِالشُّفْعَةِ لَاتَّخَذَهُ النَّاسُ طَرِيقًا لِإِسْقَاطِهَا ، فَيُؤَدَّى إِلَى تَفْوِيتِهَا بِالْكُلِّيَّةِ ، وَهُنَالَهُ طَرِيقٌ ، وَهُوَ الْإِخْبَارُ بِالْحَالِ عَلَى وَجْهِهِ ، أَوْ بَيْعُهُ مُسَاوَمَةً .

(٥) فِي م : « الْبَيْع » .

(٦) فِي م : « الْمَشْقَص » .

القسم الثاني ، أن يكون المبيع من المتمثلات التي ينقسم الثمن عليها بالأجزاء ، كالبر والشعير المتساوي ، فيجوز بيع بعضه مربعة بقسطه من الثمن . وبهذا قال أبو ثور ، وأصحاب الرأي . ولا نعلم فيه خلافاً ؛ لأن ثمن الجزء معلوم يقيناً ، ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة . وإن أسلم في ثوبين بصفة واحدة ، فأخذهما / على الصفة ، وأراد بيع أحدهما مربعة بحصته من الثمن ، فالقياس جوازه ؛ لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين ، لا باعتبار القيمة . وكذلك لو أقاله في أحدهما ، أو تعدر تسليمه ، كان له نصف الثمن ، من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما ، فكأنه أخذ كل واحد منهما منفرداً . ولأن الثمن وقع عليهما متساوياً لتساوي صفتيهما في الذمة ، فهما كفيزين من صبرة . وإن حصل في أحدهما زيادة على الصفة ، جرت مجرى الحادث بعد البيع .

فصل : وإن اشترى شيئاً بثمن مؤجل ، لم يجز بيعه مربعة ، حتى يبين ذلك . وإن اشتراه من أبيه ، أو ابنه ، أو ممن لا تقبل شهادته له ، لم يجز بيعه مربعة ، حتى يبين أمره . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد : يجوز من غير بيان ؛ لأنه أخبر بما اشتراه عقداً صحيحاً ، فأشبه ما لو اشتراه من أجنبي . ولنا ، أنه متهم في الشراء منهم ؛ لكونه يحاييهم ، ويسمح لهم ، فلم يجز أن يخبر بما اشتراه منهم مطلقاً ، كما لو اشترى من مكاتبه ، وفارق الأجنبي ؛ فإنه لا يثبت في حقه . وقياسهم يطل بالشراء من مكاتبه ؛ فإنه لا يجوز له بيع ما اشتراه من مكاتبه مربعة ، حتى يبين أمره ، ولا نعلم فيه خلافاً . وإن اشتراه من غلام دكانه الحر ، فقال القاضي : إذا باعه سلعة ، ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك ، لم يجز بيعه مربعة حتى يبين^(٧) أمره ، ولا نعلم فيه خلافاً^(٧) . ولأنه متهم في حقه ، فأشبهه من لا تقبل شهادته له . وقال أبو الخطاب : إن فعل ذلك حيلة ، لم يجز .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

وظاهره الجواز إذا لم يكن حيلة . وهذا أصح ؛ لأنه أجنبي ، لكن لا يختص هذا بعلام دكّانه ، بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجز ، وكان حراماً وتدليساً ، على ما ذكرنا من قبل .

فصل : فإن اشترى ثوباً بعشرة ، ثم باعه بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة ، استحب أن يُخبر بالحال على وجهه ، فإن أخبر أنه اشتراه بعشرة ، ولم يُبين ، جاز . وهو قول الشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ؛ لأنه صادق فيما أخبر به ، وليس فيه تهمة ، ولا تغرير بالمشتري . فأشبهه ما لو لم يربح فيه . وروى عن ابن سيرين ، أنه يطرّح الربح من الثمن ، ويُخبر أن رأس ماله عليه خمسة . وأعجب أحمد قول ابن سيرين ، قال : فإن باعه على ما / اشتراه ، يُبين أمره . يعني يُخبر أنه ربح فيه مرة ، ثم اشتراه . وهذا محمول على الاستحباب ؛ لما ذكرناه . وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيعه مُرابحةً ، إلا أن يُبين أمره ، ^(٨) أو يُخبر ^(٩) أن رأس ماله عليه خمسة . وهذا قول القاضي وأصحابه ؛ لأن المُرَابحة تُضمّ فيها العقود ، فيُخبر بما تقوم عليه ، كما تُضمّ أجرة الخياط والقصار . وقد استفاد ^(٩) بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الأول ؛ لأنه أمين أن يردّه عليه ، ولأن الربح أحد نوعي النماء ، فوجب أن يُخبر به في المُرَابحة ، كالولد والثمر . فعلى هذا ينبغي أنه إذا طرّح الربح من الثمن الثاني يقول : تقوم على خمسة . ولا يجوز أن يقول : اشتريته بخمسة . لأن ذلك كذب ، والكذب حرام ، ويصير كما لو ضمّ أجرة القصار والخياطة إلى الثمن ، وأخبر به . ولنا ، ما ذكرناه فيما تقدّم . وما ذكروه من ضمّ القصار والخياطة والولد والثمر فشيء بنوّه على أصلهم ، لا نسلّمه ، ثم لا يشبه هذا ما ذكره ؛ لأن المؤنة والنماء لزماء في هذا البيع الذي يلي المُرَابحة ، وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء ، فأشبهه الخسارة فيه . وأمّا تقرير الربح ، فغير صحيح ؛ فإن

٦/٥ ظ

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

(٩) في الأصل : « استعاد » .

العقد الأول قد لزم ، ولم يظهر العيب ، ولم يتعلّق به حكمه ، ثم قد ذكرنا في مثل هذه المسألة أنّ للمشتري أن يردّه على البائع إذا ظهر على عيب قديم . وإذا لم يلزمه طرح النماء والعلّة ، فههنا أولى ، ويجيء على هذا القول ، أنّه لو اشتراه بعشرة ، ثم باعه بعشرين ، ثم اشتراه بعشرة ، فإنّه يُخبر أنّها حصلت بغير شيء . وإن اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ، ثم اشتراها بخمسة ، أخير أنّها تقوّمت عليه بدرهمين . وإن اشتراها بخمسة عشر ، أخبر أنّها تقوّمت عليه باثني عشر . نصّ أحمد على نظير هذا . وعلى هذا يطرح الربح من الثمن الثاني كيفما كان ، فإن لم يربح ، ولكن اشتراها ثانية بخمسة ، أخبر بها ؛ لأنّها ثمن العقد الذي يلي المراجعة . ولو خسر فيها ، مثل أن اشتراها بخمسة عشر ، ثم باعها بعشرة ، ثم اشتراها بأى ثمن كان ، أخبر به . ولم يجر أن يضمّ الخسارة إلى الثمن الثاني ، فيخبر به في المراجعة ، بغير خلاف نعلمه . وهذا يدلّ على صحّة ما ذكرناه ، والله أعلم .

فصل : وكل ما قلنا : / إنّه يلزمه أن يُخبر به في المراجعة ويبيّنه . فلم يفعل ، فإنّ البيع لا يفسد به ، ويثبت للمشتري الخيار بين الأخذ به وبين الردّ ، إلّا في الخبر بزيادة على رأس ماله ، على ما قدّمناه من القول فيه . وإن اشتراه بثمن مؤجل ، ولم يبيّن أمره ، فعن أحمد ، أنّه مُحَيَّر بين أخذه بالثمن الذي وقّع عليه العقد حالاً وبين الفسخ . وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعي ؛ لأنّ البائع لم يرض المشتري ، وقد تكون ذمّته دون ذمّة البائع ، فلا يلزمه الرضى بذلك . وحكى ابن المنذر عن أحمد ، أنّه إن كان المبيع قائماً ، كان له ذلك إلى الأجل - يعنى وإن شاء فسّخ - وإن كان قد استهلك ، حبس المشتري الثمن بقدر الأجل . وهذا قول شريح ؛ لأنّه كذلك وقّع على البائع ، فيجب أن يكون للمشتري أخذه بذلك على صِفَتِهِ ، كما لو أخبر بزيادة على الثمن ، وكونه لم يرض بدمّة المشتري لا يمنع نفوذ البيع بذلك ، كما أنّه إذا أخبر بزيادة لم يرض ببيعه إلّا بما أخبر به ، ولم يلتفت إلى رضاه ، بل وجب الرجوع إلى ما وقّع به البيع الأول . كذا ههنا .

فصل : فإن ابتاعه بدنانير ، فأخبر أنه اشتراه بدراهم ، أو كان بالعكس ، أو اشتراه بعرض ، فأخبر أنه اشتراه بثمان ، أو بثمان ، فأخبر أنه اشتراه بعرض ، وأشبه هذا ، فللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمان ، وبين الرضى به بالثمان الذى تباعا به ، كسائر المواضع التى ثبت فيها ذلك .

فصل : وإن ابتاع اثنين ثوبًا بعشرين ، وبذل لهما فيه اثنين وعشرون ، فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر ، فإنه يُخبر في المراجعة بأحد وعشرين . نص عليه أحمد . وهذا قول النخعي . وقال الشعبي : يبيعه على اثنين وعشرين ؛ لأن ذلك الدرهم الذى كان أعطيه قد كان أحرزه . ثم رجع بعد ذلك إلى قول إبراهيم ، ولا نعلم أحدا خالف ذلك ؛ لأنه اشترى نصفه الأول بعشرة ، ثم اشترى نصفه الثانى بأحد عشر ، فصار مجموعهما أحدا وعشرين .

فصل : قال أحمد : ولا بأس أن يبيع بالرقم . ومعناه ، أن يقول : بعثك هذا الثوب برقمه . وهو الثمن المكتوب عليه إذا كان معلوما لهما حال العقد ، وهذا قول عامة الفقهاء ، وكراهه / طاوس . ولنا ، أنه يبيع بثمان معلوم ، فأشبه ما لو ذكر مقداره ، أو ما لو قال : بعثك هذا بما اشتريته به . وقد علما قدره ، فإن لم يكن معلوما لهما ، أو لأحدهما ، لم يصح ؛ لأن الثمن مجهول . قال أحمد : والمساومة عندى أسهل من بيع المراجعة ؛ وذلك لأن بيع المراجعة تعثره أمانة واسترسال من المشتري ، ويحتاج فيه إلى تبين الحال على وجهه في المواضع التى ذكرناها ، ولا يؤمن هوى النفس فى نوع تأويل أو غلط ، فيكون على خطر وغرر ، وتجنب ذلك أسلم وأولى .

فصل : ويبيع التولية : هو البيع بمثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة . وحكمه فى الإخبار بثمانه ، وتبين ما يلزمه تبينه ، حكم المراجعة فى ذلك كله ، ويصح بلفظ البيع ، ولفظ التولية .

٧٥٢ - مسألة ؛ قال : (وإن أُحْبِرَ بِتُقْصَانٍ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ، كَانَ عَلَى الْمُشْتَرَى رَدُّهُ ، أَوْ إِعْطَاؤُهُ مَا غَلِطَ بِهِ ، وَلَهُ أَنْ يُحْلِفَهُ أَنْ وَقَّتْ مَا بَاعَهَا لَمْ يَعْلَمْ أَنْ شَرَاءَهَا بِأَكْثَرِ)

وجملة ذلك ، أنه إذا قال في المُرَابَحَةِ : رَأْسُ مَالِي فِيهِ مِائَةٌ ، وَأَرْبَعُ عَشْرَةَ . ثم عادَ فقال : غَلِطْتُ ، رَأْسُ مَالِي فِيهِ مِائَةٌ وَعَشْرَةٌ . لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الْغَلْطِ ، إِلَّا بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ أَنَّ رَأْسَ مَالِهِ عَلَيْهِ مَا قَالَهُ ثَانِيًا . وَذَكَرَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ وَإِسْحَاقَ . وَرَوَى أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ ، إِذَا كَانَ الْبَائِعُ مَعْرُوفًا بِالصَّدْقِ ، قُبِلَ قَوْلُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَدُوقًا ، جَازَ الْبَيْعُ . قَالَ الْقَاضِي : وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ مَعَهُ فِي الْمُرَابَحَةِ فَقَدْ ائْتَمَنَهُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمِينِ مَعَ يَمِينِهِ ، كَالْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْخَرَقِيَّ لَمْ يَتْرُكْ ذِكْرَ مَا يَلْزَمُ الْبَائِعَ فِي إِثْبَاتِ دَعْوَاهُ ؛ لِكَوْنِهِ يَقْبَلُ مُجَرَّدَ دَعْوَاهُ ، بَلْ لِأَنَّهُ عَطَفَهُ عَلَى الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا ، وَقَدْ ذَكَرَ فِيهَا ، فَعَلِمَ أَنَّهُ زَادَ فِي رَأْسِ الْمَالِ ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِمَا يَحْصُلُ بِهِ الْعِلْمُ ، لَكِنْ قَدْ عَلِمْنَا أَنَّ الْعِلْمَ إِنَّمَا يَحْصُلُ بَيِّنَةً أَوْ إِقْرَارًا ، كَذَلِكَ عِلْمُ غَلْطِهِ هُنَا يَحْصُلُ بَيِّنَةً أَوْ إِقْرَارًا مِنَ الْمُشْتَرَى ، وَكَوْنُ الْبَائِعِ مُؤْتَمِّنًا لَا يُوجِبُ قَبُولَ دَعْوَاهُ فِي الْغَلْطِ ، كَالْمُضَارِبِ وَالْوَكِيلِ إِذَا أَقْرَأَ بِرَبْحٍ ، ثُمَّ قَالَ : غَلِطْنَا أَوْ نَسِينَا . وَالْيَمِينُ الَّتِي ذَكَرَهَا الْخَرَقِيُّ هُنَا ، إِنَّمَا هِيَ نَفْيُ ^(١) عِلْمِهِ بِغَلْطِ نَفْسِهِ وَقَتِ الْبَيْعِ ، لَا عَلَى إِثْبَاتِ غَلْطِهِ . / وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ، وَإِنْ أَقَامَ بِهِ بَيِّنَةٌ حَتَّى يُصَدِّقَهُ الْمُشْتَرَى . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِالثَّمَنِ ، وَتَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ . فَلَا يَقْبَلُ رُجُوعُهُ وَلَا بَيِّنَتُهُ ؛ لِإِقْرَارِهِ بِكَذِبِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، شَهِدَتْ بِمَا يَحْتَمِلُ الصَّدْقُ ، فَتَقْبَلُ ، كَسَائِرِ الْبَيِّنَاتِ . وَلَا يُسَلَّمُ أَنَّهُ أَقَرَّ بِخِلَافِهَا ؛ فَإِنَّ الْإِقْرَارَ يَكُونُ لَغَيْرِ الْمُقَرَّرِ ، وَحَالَةَ إِخْبَارِهِ بِثَمَنِهَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ حَقٌّ لَغَيْرِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا .

(١) فِي م : « عَلَى نَفْسٍ » .

فإن لم تكن بينة ، أو كانت له بينة ، وقُلنا : لا تُقبل بيته ، فادّعى أن المشتري يعلم غلطه ، فانكر المشتري ، فالقول قوله ، وإن طلب يمينه ، فقال القاضي : لا يمين عليه ؛ لأنه مدّع ، واليمين على المدّعى عليه . ولأنه قد أقر له فيستغنى بالإقرار عن اليمين . والصحيح أن عليه اليمين أنه لا يعلم ذلك ؛ لأنه ادّعى عليه ما يلزمه به رد السلعة أو زيادة في ثمنها ، فلزمته اليمين ، كموضع الوفاق . وليس هو ههنا مدّعياً ، إنما هو مدّعى عليه العلم بمقدار الثمن الأول ، ثم قال الخرقى : له أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شرائها أكثر . وهذا صحيح ، فإنه لو باعها بهذا الثمن عالماً بأن ثمنها عليه أكثر ، لزمه البيع بما عقد عليه ؛ لأنه تعاطى شيئاً عالماً بالحال ، فلزمه ، كمشتري المعيب عالماً بعيبه . وإذا كان البيع يلزمه بالعلم ، فادّعى عليه ، لزمته اليمين . فإن نكل قضى عليه . وإن حلف خير المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وخطأها من الربح ، وبين فسخ العقد .^(١) ويحتمل أنه إذا باعه بمائة وربح عشرة ، ثم إنه غلط بعشرة ، لا يلزمه حطّ العشرة من الربح ؛ لأن البائع رضى بربح عشرة في هذا المبيع ، فلا يكون له أكثر منها . وكذلك إن تبين له أنه زاد في رأس ماله ، لا ينقص الربح من عشرة ؛ لأن البائع لم يبعه ، إلا بربح عشرة ، فأما إن قال : وأربح في كل عشرة درهماً . أو قال : ده يارده . لزمه حطّ العشرة من الربح في الغلط والزيادة على الثمن في الصورتين^(٢) . وإنما أثبتنا له الخيار ؛ لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة ، فإذا بان أكثر كان عليه ضرر في التزامه ، فلم يلزمه ، كالمعيب . وإن اختار أخذها بمائة وأحد وعشرين ، لم يكن للبائع خيار ؛ لأنه قد زاده خيراً ، فلم يكن له خيار ، كبائع المعيب إذا رضى المشتري . وإن اختار البائع إسقاط الزيادة عن المشتري ، فلا خيار له أيضاً ؛ لأنه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد ، وتراضيا به .

فصل : ويجوز بيع المواضعة ، وهو أن يخبر برأس ماله ثم يقول : بعثك هذا

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

به ، وأضعُ عنك كذا . فإن قال : بوضيعةٍ درهمٍ من كلِّ عشرةٍ ، كرهه ؛ لما ذكرنا في المراجعة ، وصحَّ ؛ ويطرَحُ من كلِّ عشرةٍ درهماً . / فإن كان الثمنُ مائةً لزمه تسعون ، ويكون الخطُّ عشرةً . وقال قومٌ : يكون الخطُّ من كلِّ أحدِ عشرٍ درهماً ، فيكون ذلك تسعةَ دراهمٍ وجزءاً من أحدِ عشرٍ جزءاً من درهمٍ ، وتبقى تسعون وعشرةً أجزاءً من أحدِ عشرٍ جزءاً من درهمٍ . وهذا غلطٌ ؛ لأنَّ هذا يكون خطاً من كلِّ أحدِ عشرٍ ، وهو غيرُ ما قاله . فأما إن قال بوضيعةٍ درهمٍ لكلِّ عشرةٍ ، كان الوضيعةُ من كلِّ أحدِ عشرٍ درهماً ، ويكون الباقي تسعينَ وعشرةً أجزاءً من أحدِ عشرٍ جزءاً من درهمٍ . وهذا قولُ أبي حنيفةٍ والشافعيِّ . وحكى عن أبي ثورٍ ، أنَّه قال : الخطُّ ههنا عشرةٌ مثلُ الأولى . وليس بصحيحٍ ؛ فإنَّه إذا قال : لكلِّ عشرةٍ درهماً . يكون الدرهمُ من غيرها . فكأنَّه قال : من كلِّ أحدِ عشرٍ درهماً درهماً^(٣) . وإذا قال : من كلِّ عشرةٍ درهماً . كان الدرهمُ من العشرةِ ؛ لأنَّ « من » للتبعيةِ ، فكأنَّه قال : آخذُ من العشرةِ تسعةً ، وأخطُ منها درهماً .

فصل : إذا اشترى رجلٌ نصفَ سلعةٍ بعشرةٍ ، واشترى آخرٌ نصفها بعشرين ، ثم باعا^(٤) مساومةً بثمنٍ واحدٍ ، فهو بينهما نصفان . لا نعلمُ فيه خلافاً ؛ لأنَّ الثمنَ عوضٌ عنها ، فيكون بينهما على حسبِ ملكيهما فيها . وإن باعا^(٤) ، مراجعةً أو مواضعةً أو توليةً ، فكذلك ، نصَّ عليه أحمدٌ . وهو قولُ ابنِ سيرينَ والحكمِ ، قال الأثرمُ : قال أبو عبد الله رَحِمَهُ اللهُ : إذا باعا^(٤) ، فالثمنُ بينهما نصفان . قلتُ : أعطى أحدهما أكثرَ ممَّا أعطى الآخرُ ؟ فقال : وإن ألبسَ الثوبُ بينهما الساعةَ سواءً ، فالثمنُ بينهما ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يملكُ مثلَ الذي يملكُ صاحبه . وحكى أبو بكرٍ ، عن أحمدٍ ، روايةً أخرى ، أنَّ الثمنَ بينهما على قدرِ رُغوسِ أموالِهِما ؛ لأنَّ بيعَ المراجعةِ يقتضي أن يكون الثمنُ في مقابلةِ رأسِ المالِ ، فيكون مقسوماً بينهما على

(٣) أى : أخطُ درهماً .

(٤) فى م : « باعها » خطأ .

حَسَبِ رُغُوسِ أَمْوَالِهِمَا . ولم أجِدْ عن أحمدَ روايةً بما قال أبو بكرٍ . وقيل : هذا وَجْهٌ خَرَّجَهُ أبو بكرٍ ، وليس برواية . والمذهبُ الأولُ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ عَوَضُ الْمَبِيعِ ، وَمِلْكُهُمَا مُتَسَاوٍ فِيهِ ، فكان مِلْكُهُمَا لِعَوَضِهِ^(٥) ، مُتَسَاوِيًا . كما لو باعاه مُساوَاةً .

فصل : ومتى باعاه السَّلْعَةُ بِرَقْمِهَا ، ولا يَعْلَمَانِهِ ، أو جَهْلًا رَأْسَ الْمَالِ فِي الْمُرَابَحَةِ ، أو الْمُوَاضَعَةِ ، أو التَّوَلِيَةِ ، / أو جَهْلَ ذَلِكَ أَحَدُهُمَا ، أو جَهْلَ قَدَرِ الرَّبْحِ ، أو قَدَرِ الْوَضِيعَةِ ، فالْبَيْعُ بَاطِلٌ ؛ لأنَّ الْعِلْمَ بِالثَّمَنِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْبَيْعِ ، فلا يَثْبُتُ بِذَوْنِهِ . ولو باعه بمائةِ ذَهَبًا وَفِضَّةً ، لم يَصِحَّ الْبَيْعُ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةٌ : يَصِحُّ ، ويكون نصفين ؛ لأنَّ الإِطْلَاقَ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، كالإِقْرَارِ . ولنا ، أنَّ قَدَرَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بمائةٍ بعضها ذَهَبٌ . وقوله : إِنَّهُ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ . لا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ لو فَسَّرَهُ بِغَيْرِ ذَلِكَ ، صَحَّ . وكذلك لو أَقَرَّ لَهُ بمائةِ ذَهَبًا وَفِضَّةً ، فالقولُ قوله في قَدَرِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

و ٩/٥

٧٥٣ - مسألة : قال : (وَإِذَا بَاعَ شَيْئًا وَاخْتَلَفَا فِي ثَمَنِهِ ، تَحَالَفَا ، فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي أَخَذَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ ، وَإِلَّا انْفَسَخَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا ، وَالْمُبْتَدِئُ بِالْيَمِينِ الْبَائِعُ)

والكلامُ في هذه الْمَسْأَلَةِ في فُصُولٍ ثَلَاثَةٍ :

أَحَدُهَا ، أَنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ وَالسَّلْعَةُ قَائِمَةٌ ، فقال البائعُ : بِعْتُكَ بِعِشْرِينَ . وقال المُشْتَرِي : بل بِعِشْرَةٍ ، ولأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِهَا . وإن لم يَكُنْ لهما بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا . وبهذا قال شُرَيْحٌ ، وأبو حنيفةٌ ، والشَّافِعِيُّ ، ومَالِكٌ في روايةٍ . وعنه . القولُ قولُ الْمُشْتَرِي مع يَمِينِهِ . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، وزُفَرٌ ؛ لأنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي عَشْرَةَ زَائِدًا ، يُنْكِرُ

(٥) في م : « كعوضه » .

المُشْتَرِي ، والقول قول المُنْكَرِ . وقال الشَّعْبِيُّ : القول قول البائع ، أو يترادان البيع . وحكاه ابن المنذر عن إمامنا ، رَحِمَهُ اللهُ ؛ (لما رَوَى^(١) ابن مسعود ، عن رسول الله ﷺ ، أنه قال : « إذا اختلف البيعان ، وليس بينهما بيعة ، فالقول ما قال البائع ، أو يترادان البيع » . رواه سعيد ، وابن ماجه ، وغيرهما^(٢) . والمشهور في المذهب الأول . ويحتمل أن يكون معنى القولين واحدا ، وأن القول قول البائع مع يمينه ، فإذا حلف فريضى المشتري بذلك ، أخذ به ، وإن أبى ، حلف أيضا ، وفسخ البيع بينهما ، لأن في بعض ألفاظ حديث ابن مسعود ، أن النبي ﷺ قال : « إذا اختلف المتبايعان ، والسلعة قائمة . ولا بينة لأحدهما ، تحالفا »^(٣) . ولأن كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه ، فإن البائع يدعى عقدا بعشرين ، ينكره المشتري ، والمشتري يدعى عقدا بعشرة ، ينكره البائع ، والعقد بعشرة / غير العقد بعشرين ، فشرعت اليمين في حقهما ، وهذا الجواب عما ذكروه .

٩/٥ ظ

الفصل الثاني ، أن المبتدئ باليمين البائع ، فيحلف ما بعته^(٤) بعشرة ، وإنما بعته^(٥) بعشرين . فإن شاء المشتري أخذه بما قال البائع ، وإلا يحلف ما اشترته بعشرين ، وإنما اشترته بعشرة . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يبتدئ بيمين المشتري ؛ لأنه منكر ، واليمين في جنيته أقوى ، ولأنه يقضى بنكوله ، وينفصل الحكم ، وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى . ولنا ، قول النبي

(١ - ١) في م : « وروى » .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، في : باب البيعان يختلفان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٥/٢ . والدارمي ، في : باب إذا اختلف المتبايعان ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٠/٢ . والإمام مالك ، في : باب بيع الخيار ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٧١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٦٦/١ .

(٣) الرواية بهذا اللفظ غير موجودة في شيء من كتب الحديث التي بين أيدينا . وقال الحافظ ابن حجر : أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث . التلخيص الحبير ٣١/٣ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

ﷺ : « فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ » . وفي لَفِظٍ : « فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ ، وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ » . رواه الإمام أحمد^(٥) . ومعناه : إن شاء أَخَذَ ، وإن شاء حَلَفَ . ولأنَّ البائعَ أَقْوَى جَنَبَةً ؛ لأنَّهما إذا تَحَالَفا عَادَ الْمَبِيعُ إِلَيْهِ ، فَكَانَ أَقْوَى ، كصَاحِبِ الْيَدِ ، وقد بَيَّنَّا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْكَرٌ ، فَيَتَسَاوَيَانِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ . والبائعُ إذا نَكَلَ ، فهو بِمَنْزِلَةِ تَكْوِيلِ الْمُشْتَرِي ، يَحْلِفُ الْآخَرُ ، وَيُقْضَى لَهُ ، فهُمَا سَوَاءٌ .

الفصل الثالث ، أنه إذا حَلَفَ الْبَائِعُ فَتَكَلَّ الْمُشْتَرِي عَنْ الْيَمِينِ ، قُضِيَ عَلَيْهِ .
وإن نَكَلَ الْبَائِعُ ، حَلَفَ الْمُشْتَرِي ، وَقُضِيَ لَهُ . وإن حَلَفَا جَمِيعًا ، لم يَنْفَسَخِ الْبَيْعُ بِنَفْسِ التَّحَالُفِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ صَحِيحٌ ، فَتَنَازُعُهُمَا ، وَتَعَارُضُهُمَا لَا يَفْسُخُهُ ، كَمَا لَوْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، لَكِنْ إِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِمَا قَالَ صَاحِبُهُ ، أُقِرَّ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ . هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ الْفَسْخُ عَلَى الْحَاكِمِ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ صَحِيحًا ، وَأَحَدُهُمَا ظَالِمٌ ، وَإِنَّمَا يَفْسُخُهُ الْحَاكِمُ لَتَعَذُّرِ إِمْضَائِهِ فِي الْحُكْمِ ، فَأَشْبَهَ نِكَاحَ الْمَرَأَةِ إِذَا زَوَّجَهَا الْوَلِيُّ ، وَجُهِلَ السَّابِقُ مِنْهُمَا . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « أَوْ يَتَرَادَّانِ الْبَيْعُ » . وَظَاهِرُهُ اسْتِقْلَالُهُمَا بِذَلِكَ ، وَفِي الْقِصَّةِ ، أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَاعَ الْأَشْعَثَ بْنَ قَيْسٍ رَقِيقًا مِنْ رَقِيقِ الْإِمَارَةِ ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ : بِعْتُكَ بِعِشْرِينَ أَلْفًا . قَالَ الْأَشْعَثُ : اشْتَرَيْتُ مِنْكَ بِعِشْرَةِ آلَافٍ . فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « إِذَا ائْتَلَفَ الْبَيْعَانِ ، وَلَيْسَ / بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَالْبَيْعُ^(٦) قَائِمٌ بَعَيْنِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ، أَوْ يَتَرَادَّانِ الْبَيْعُ » . قَالَ : فَإِنِ ارْتَدَّ الْبَيْعُ . رواه سَعِيدٌ ، عَنْ هُشَيْمٍ ، عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، عَنْ^(٧) الْقَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ^(٧) ، عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ .

و ١٠/٥

(٥) في : المسند ١/٤٦٦ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء إذا اختلف البيعان ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذی ٥/٢٧١ .

(٦) في م : « والمبيع » .

(٧ - ٧) في النسخ : « عبد الرحمن بن القاسم » . والتصحيح من كتب السنة ، وانظر : تحفة الأشراف

= ٧٤/٧ ، ٧٥ .

وَرَوَى أَيْضًا حَدِيثًا عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عُبَيْدَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا اختلفَ الْمُتَبَايعَانِ اسْتَحْلَفَ الْبَائِعُ ، ثُمَّ كَانَ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ » ^(٨) . وهذا ظاهرٌ في أَنَّهُ يَفْسَخُ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْخِيَارَ إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَنْ لَهُ خِيَارُ الشَّرْطِ ، أَوِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَلِأَنَّهُ فُسِّخَ لاسْتِدْرَاكِ الظُّلَامَةِ ، فَأَشْبَهَ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَلَا يُشْبَهُ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ الْاسْتِقْلَالُ بِالطَّلَاقِ . وَإِذَا فُسِّخَ الْعَقْدُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ الْفَسْخَ يَنْفُذُ ^(٩) ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ؛ لِأَنَّهُ فُسِّخَ لاسْتِدْرَاكِ الظُّلَامَةِ ، فَهُوَ كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، أَوْ فُسْخُ عَقْدٍ بِالتَّحَالِفِ ^(١٠) ، فَوَقَعَ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ ، كَالْفَسْخِ بِاللُّعَانِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ كَانَ الْبَائِعُ ظَالِمًا ، لَمْ يَنْفَسَخِ ^(١١) الْعَقْدُ فِي الْبَاطِنِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُمَكِّنُهُ إِمضَاءُ الْعَقْدِ ، وَاسْتِيفَاءُ حَقِّهِ ، فَلَا يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ فِي الْبَاطِنِ ، وَلَا يُبَاحُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ ، فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي ظَالِمًا ، انْفَسَخَ الْبَيْعُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ؛ لِعَجْزِ الْبَائِعِ عَنْ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ ، فَكَانَ لَهُ الْفَسْخُ ، كَمَا لَوْ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . وَلَهُمْ وَجْهٌ ثَالِثٌ ؛ أَنَّهُ لَا يَنْفَسَخُ فِي الْبَاطِنِ بِحَالٍ . وَهَذَا فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَنْفَسَخِ فِي الْبَاطِنِ بِحَالٍ ، لَمَا أُمِكَنَ فُسْخُهُ فِي الظَّاهِرِ ، فَإِنَّهُ لَا يُبَاحُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفُ فِيمَا رَجَعَ إِلَيْهِ بِالْفَسْخِ ، وَمَتَى عَلِمَ أَنَّ ذَلِكَ مُحَرَّمٌ مُنْعَ مِنْهُ . وَلِأَنَّ الشَّارِعَ جَعَلَ لِلْمَظْلُومِ مِنْهُمَا الْفَسْخَ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، فَأَنْفَسَخَ

= وهو أبو عبد الرحمن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود المسعودي الكوفي القاضي . روى عن أبيه ، وعن جده مرسلًا ، وعن ابن عمر ، وجابر بن سمرة ، وغيرهم . مات سنة عشرين ومائة . تهذيب التهذيب ٣٢١/٨ ، ٣٢٢ .

(٨) وأخرجه النسائي ، في : باب اختلاف المتبايعين في الثمن ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٦/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٦٦/١ . والبيهقي ، في : باب اختلاف المتبايعين ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٣٣/٥ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ١٨/٣ ، ١٩ .

(٩) في الأصل : « ينعقد » .

(١٠) في الأصل : « التحالف » .

(١١) في م : « يفسخ » .

بِفَسْخِهِ فِي الْبَاطِنِ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّهُ إِنْ فَسَخَهُ الصَّادِقُ مِنْهُمَا ،
انْفَسَخَ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ فَسَخَهُ الْكَاذِبُ عَالِمًا بِكَذِبِهِ ، لَمْ يَنْفَسَخْ بِالنِّسْبَةِ
إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِلُّ لَهُ الْفَسْخُ ، فَلَمْ يَثْبُتْ حُكْمُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ ، وَيَثْبُتْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى
صَاحِبِهِ ، فَيُبَاحُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيمَا رَجَعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ رَجَعَ إِلَيْهِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ مِنْ غَيْرِ
عُدْوَانٍ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَدَّ عَلَيْهِ الْمَبِيعَ بِدَعْوَى الْعَيْبِ ، وَلَا عَيْبَ فِيهِ .

٧٥٤ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَتِ السَّلْعَةُ ثَالِفَةً تَحَالَفًا وَرَجَعَا إِلَى قِيَمَةٍ
مِثْلَهَا ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُشْتَرِي أَنْ يُعْطِيَ الثَّمَنَ عَلَى مَا قَالَ الْبَائِعُ . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي
الصِّفَةِ ، فَالْقَوْلُ ^(١) قَوْلُ الْمُشْتَرِي ، مَعَ يَمِينِهِ فِي الصِّفَةِ)

وَجُمْلَتُهُ ؛ أَنَّهُمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي ثَمَنِ السَّلْعَةِ بَعْدَ تَلْفِئِهَا ، فَعَنْ أَحْمَدَ فِيهَا رَوَايَتَانِ ؛
إِحْدَاهُمَا ، يَتَحَالَفَانِ ، مِثْلَ مَا لَوْ كَانَتْ قَائِمَةً . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَإِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ
عَنْ مَالِكٍ . وَالْأُخْرَى ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ . اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ .
وَهُوَ ^(٢) قَوْلُ النَّخَعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي
الْحَدِيثِ : « وَالسَّلْعَةُ قَائِمَةٌ » ^(٣) . فَمَفْهُومُهُ أَنَّهُ لَا يُشْرَعُ التَّحَالُفُ عِنْدَ تَلْفِئِهَا .
وَلَأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى نَقْلِ السَّلْعَةِ إِلَى الْمُشْتَرِي ، وَاسْتَحْقَاقِ عَشْرَةٍ فِي ثَمَنِهَا ، وَاخْتَلَفَا
فِي عَشْرَةٍ زَائِدَةٍ ، الْبَائِعُ يَدَّعِيهَا وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَتَرَكْنَا
هَذَا الْقِيَاسَ حَالَ قِيَامِ السَّلْعَةِ لِلْحَدِيثِ الْوَارِدِ فِيهِ ، فَفِيمَا عَدَاهُ يَبْقَى عَلَى الْقِيَاسِ .
وَوَجْهُ الرُّوَايَةِ الْأُولَى عُمُومُ قَوْلِهِ : « إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ
وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ » ^(٤) . وَقَالَ أَحْمَدُ : وَلَمْ يَقُلْ فِيهِ : « وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ » . إِلَّا يَزِيدُ
ابْنُ هَارُونَ . قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : وَقَدْ أَخْطَأَ رَوَاةُ الْحَلْفِ عَنِ الْمَسْعُودِيِّ ^(٥) ، لَمْ

(١) فِي م : « بِالْقَوْلِ » . تَحْرِيفٌ .

(٢) فِي م : « وَهَذَا » .

(٣) تَقْدِمُ التَّخْرِيجُ فِي صَفْحَةِ ٢٧٩ ، وَالْحَدِيثُ الثَّانِي فِي صَفْحَةِ ٢٨٠ .

(٤) رَاوَى الْحَدِيثَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَتَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٢٨٠ .

يقولوا هذه الكلمة ، ولكنها في حديث معني . ولأن كل واحد منهما مدع ومُنكر ،
فَيُشْرَعُ الْيَمِينُ ، كحال قيام السلعة ، وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام
السلعة ، فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها . وقولهم : تركناه للحديث .
قلنا : ليس في الحديث : « تحالفا » ، وليس ذلك بثابت في شيء من الأخبار . قال
ابن المنذر : وليس في هذا الباب حديث يُعْتَمَدُ عليه . وعلى أنه إذا خولف الأصل
لمعنى ، وجب تعدية الحكم بتعدى ذلك المعنى ، فتقيس عليه ، بل يثبت الحكم
بالبيّنة ، فإن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة ، مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة
بقيمتها ، فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة ، فمع تعدد ذلك أولى . فإذا تحالفا ،
فإن رضى أحدهما بما قال الآخر ، لم يفسخ العقد ؛ لعدم الحاجة إلى فسخه ، وإن
لم / يرضيا ، فلكل واحد منهما فسخه ، كما له ذلك في حال بقاء السلعة ، ويرد
الثمن الذي قبضه البائع إلى المشتري ، ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع ،
فإن كان من جنس واحد ، وتساويا بعد التقابض ، تقاصا . وينبغي أن لا يُشْرَعَ
التحالف ولا الفسخ ، فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادّعاه
المشتري ، ويكون القول قول المشتري مع يمينه ؛ لأنه لا فائدة في يمين البائع ،
ولا فسخ البيع ؛ لأن الحاصل بذلك الرجوع إلى ما ادّعاه المشتري ، وإن كانت
القيمة أقل ، فلا فائدة للبائع في الفسخ ، فيحتمل أن لا يُشْرَعَ له اليمين ولا الفسخ ؛
لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة ، ويحتمل أن يُشْرَعَ لتحصيل^(٥) الفائدة
للمشتري . ومتى اختلفا في قيمة السلعة ، رجعا إلى قيمة مثلها ، موصوفاً بصفاتها ،
فإن اختلفا في الصفة ، فالقول قول المشتري مع يمينه ؛ لأنه غارم ، والقول قول
الغارم .

فصل : وإن تقايلا المبيع ، أو ردّ بعيب بعد قبض البائع الثمن ، ثم اختلفا في

(٥) في م : « لتحصيل » .

قَدَرِهِ ، فالقول قول البائع ؛ لأنه مُنْكَرٌ لِمَا يَدَّعِيهِ الْمُشْتَرِي بَعْدَ انْفِصَاخِ الْعَقْدِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي الْقَبْضِ .

فصل : وإن قال : بِعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِالْف . فقال : بل هو وَالْعَبْدُ الْآخَرُ بِالْف . فالقول قول البائع مع يَمِينِهِ ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : يَتَحَالَفَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي اخْتِذِ^(٦) عَوَظِي الْعَقْدِ ، فَيَتَحَالَفَانِ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْبَائِعَ يُنْكَرُ بَيْعَ الْعَبْدِ الرَّائِدِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ بِيَمِينِهِ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى شِرَاءَهُ مُنْفَرِدًا .

فصل : وإن اخْتَلَفَا فِي عَيْنِ الْمَبِيعِ ، فقال : بِعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ . قال : بل بِعْتَنِي هَذِهِ الْجَارِيَّةَ . فالقول قول كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا يُنْكَرُهُ ، مع يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي عَقْدًا عَلَى عَيْنٍ يُنْكَرُهَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . فَإِذَا^(٧) حَلَفَ الْبَائِعُ : مَا بِعْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَّةَ . أَقَرَّتْ فِي يَدِهِ ، إِنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ ، وَرُدَّتْ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُدَّعِيهَا قَدْ قَبَضَهَا . وَأَمَّا الْعَبْدُ ، فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، أَقَرَّ فِي يَدِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي طَلَبُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ ، وَعَلَى الْبَائِعِ / رَدُّ الثَّمَنِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، فَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْتَرِفْ أَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِهِ ، وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ طَلَبُهُ إِذَا بَدَّلَ لَهُ ثَمَنَهُ ، لِاعْتِرَافِهِ بِبَيْعِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْطِهِ ثَمَنَهُ ، فَلَهُ فُسْخُ الْبَيْعِ وَاسْتِرْجَاعُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الْوُصُولُ إِلَى ثَمَنِهِ ، فَمَلَكَ الْفُسْخَ ، كَمَا لَوْ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ، ثَبَتَ الْعَقْدَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَتَنَافَيَانِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ فِيهِمَا جَمِيعًا ، وَأَنْكَرَهُ الْآخَرُ . وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ ، دُونَ الْآخَرِ ، ثَبَتَ مَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ، دُونَ مَا لَمْ تَقُمْ عَلَيْهِ .

١١/٥ ظ

فصل : وإن اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الثَّمَنِ ، رُجِعَ إِلَى تَقْدِيرِ الْبَلَدِ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَوَايَةٍ

(٦) فِي م : « أَصْل » .

(٧) فِي م : « فَإِنْ » .

الأثرم ؛ لأن الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به . وإن كان في البلد نقود ، رُجع إلى أوسطها . نص عليه ، في رواية جماعة . فيحتمل أنه أراد إذا كان هو الأغلب ، والمعاملة به أكثر ؛ لأن الظاهر وقوع المعاملة به ، فهو كما لو كان في البلد نقد واحد . ويحتمل أنه ردهما إليه مع التسوى ؛ لأن فيه توسطًا بينهما ، وتسوية بين حقيهما ، وفي العُدول إلى غيره ميل على أحدهما ، فكان التوسط أولى ، وعلى مدعى ذلك اليمين ؛ لأن ما قاله خصمه مُحتمل ، فتجب اليمين لنفي ذلك الاحتمال ، كوجوبها على المنكر . وإذا لم يكن في البلد إلا نقدان متساويان ، فينبغي أن يتحالفا ؛ لأنهما اختلفا في الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما ، فيتحالفا ، كما لو اختلفا في قدره .

فصل : وإن اختلفا في أجل أو رهن ، أو في قدرهما ، أو في شرط خيار ، أو ضمين ، أو غير ذلك من الشروط الصحيحة ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يتحالفا . وهو قول الشافعي ؛ لأنهما اختلفا في صفة العقد ، فوجب أن يتحالفا ، قياسًا على الاختلاف في الثمن . والثانية ، القول قول من ينفي ذلك مع يمينه . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن الأصل عدمه ، فالقول قول من ينفيه ، كأصل العقد ، لأنه منكر ، والقول قول المنكر .

فصل : وإن اختلفا فيما يفسد العقد ، أو شرط فاسد ، فقال : بعثك بخمر ، أو خيار مجهول . فقال : بل بعثني بنقد معلوم ، أو خيار^(٨) ثلاث . فالقول قول من يدعى الصحة مع يمينه ؛ لأن ظهور تعاطي المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه الفاسد^(٩) . وإن قال : بعثك مكرها . فأنكره ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الأصل عدم الإكراه ، وصحة البيع . وإن قال : بعثك وأنا صبي . فالقول قول المشتري . نص عليه ، وهو قول الثوري ، وإسحاق ؛ لأنهما اتفقا على العقد ،

(٨) في الأصل : « وخيار » .

(٩) في م : « للفاسد » .

واختلفا فيما يُفسدُهُ ، فكان القول قول من يدعى الصِّحَّةَ ، كالتى قبلها . ويَحْتَمِلُ أن يُقْبَلَ قول من يدعى الصِّغَرُ ؛ لأنه الأصل . وهو قول بعض أصحاب الشافعى . ويفارق ما إذا اختلفا في شرط فاسد أو إكراه لوجهين ؛ أحدهما ، أن الأصل عدمه . وههنا الأصل بقاءه . والثانى ، أن الظاهر من المكلّف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح . وههنا ما ثبت أنه كان مكلّفاً . وإن قال : بعثك وأنا مجنون . فإن لم يعلم له حال جنون ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الأصل عدمه . وإن ثبت أنه كان مجنوناً ، فهو كالصبي . ولو قال العبد : بعثك ، وأنا غير مأذون لى فى التجارة . فالقول قول المشتري . نص عليه ، فى رواية مهنا ؛ لأنه مكلّف ، والظاهر أنه لا يعقد إلا عقداً صحيحاً .

فصل : وإن مات المتبايعان ، فورثتهما بمنزلة لتيهما فى جميع ما ذكرناه ؛ لأنهم يقومون مقامهما ، فى أخذ مالهما ، وإرث حقوقهما ، فكذلك ما يلزمهما ، أو يصير لهما .

فصل : وإن اختلفا فى التسليم ، فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن . وقال المشتري : لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع . والثمن فى الذمة ، أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن . فإن كان عينا ، أو عرضاً بعرض ، جعل بينهما عدل ، فيقبض منهما ، ثم يسلم إليهما . وهذا قول الثوري ، وأحد قولى^(١٠) الشافعى . وعن أحمد ما يدل على أن البائع يُجبر على تسليم المبيع على الإطلاق . وهو قول ثانٍ للشافعى . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يُجبر المشتري على تسليم الثمن ؛ لأن للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء ، كالمُرْتَهِن . ولنا ، أن تسليم المبيع يتعلّق به استقرار البيع وثمائه ، / فكان تقديمه أولى ، سيما مع تعلّق الحق^(١١) بعينه ،

١٢/٥ ط

(١٠) فى الأصل : « أقوال » .

(١١) فى م : « الحكم » .

وَتَعْلُقُ حَقَّ الْبَائِعِ بِالذِّمَّةِ ، وَتَقْدِمُ مَا تَعْلُقُ بِالْعَيْنِ أُولَى ؛ لِتَأْكُدهُ ، وَلِذَلِكَ يُقَدَّمُ
الَّذِينَ الذِي بِهِ الرَّهْنُ فِي ثَمَنِهِ عَلَى مَا تَعْلُقُ بِالذِّمَّةِ ، وَيُخَالِفُ الرَّهْنُ ؛ فَإِنَّهُ لَا تَتَعْلَقُ
بِهِ مَصْلَحَةُ عَقْدِ الرَّهْنِ ، وَالتَّسْلِيمُ هَهُنَا يَتَعْلَقُ بِهِ مَصْلَحَةُ عَقْدِ الْبَيْعِ . وَأَمَّا إِذَا كَانَ
الثَّمَنُ عَيْنًا ، فَقَدْ تَعْلَقَ الْحَقُّ بِعَيْنِهِ أَيْضًا ، كَالْمَبِيعِ ، فَاسْتَوَى ، وَقَدْ وَجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ حَقٌّ ، قَدْ اسْتَحَقَّ قَبْضَهُ ، فَأُجْبِرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى إِيفَاءِ صَاحِبِهِ
حَقَّهُ ^(١٢) . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ؛ أَنَّ الذِي يَتَعْلَقُ بِهِ اسْتِقْرَارُ الْبَيْعِ وَتَمَامُهُ هُوَ
الْمَبِيعُ ^(١٣) ، فَوَجَبَ تَقْدِيمُهُ . وَلِأَنَّ الثَّمَنَ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ ، فَأُشْبِهَ غَيْرَ الْمُعَيَّنِ .
إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، وَأَوْجَبْنَا التَّسْلِيمَ عَلَى الْبَائِعِ ، فَسَلَّمَهُ ، فَلَا يَخْلُو الْمُشْتَرِي مِنْ أَنْ
يَكُونَ مُوسِرًا ، أَوْ مُعْسِرًا ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا وَالثَّمَنُ مَعَهُ ، أُجْبِرَ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، وَإِنْ
كَانَ غَائِبًا قَرِيبًا فِي بَيْتِهِ أَوْ بَلَدِهِ ، حُجِرَ عَلَيْهِ فِي الْمَبِيعِ وَسَائِرِ مَالِهِ ، حَتَّى يُسَلِّمَ الثَّمَنَ ،
خَوْفًا مِنْ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ تَصَرُّفًا يَضُرُّ بِالْبَائِعِ ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا عَنِ الْبَلَدِ فِي مَسَافَةٍ
الْقَصْرِ ، فَالْبَائِعُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَصْبِرَ إِلَى أَنْ يُوجَدَ ، وَبَيْنَ فُسْخِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَذَّرَ
عَلَيْهِ الثَّمَنُ ، فَهُوَ كَالْمُفْلِسِ ، وَإِنْ كَانَ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا عَلَيْهِ . وَالثَّانِي ، لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ مَا دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ
بِمَنْزِلَةِ الْحَاضِرِ . وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي مُعْسِرًا ، فَلِلْبَائِعِ الْفُسْخُ فِي الْحَالِ ، وَالرُّجُوعُ
فِي الْمَبِيعِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُ
الْمَبِيعِ ، حَتَّى يُحْضِرَ الثَّمَنَ ، وَيَتِمَكَّنَ الْمُشْتَرِي مِنْ تَسْلِيمِهِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ إِنَّمَا رَضِيَ
بِبَذْلِ الْمَبِيعِ بِالثَّمَنِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ دَفْعُهُ قَبْلَ حُصُولِ عَوْضِهِ ، وَلِأَنَّ الْمُتَعَاقِدِينَ سَوَاءٌ
فِي الْمُعَاوَضَةِ ، فَيَسْتَوِيَانِ فِي التَّسْلِيمِ ، وَإِنَّمَا يُؤَثِّرُ مَا ذَكَرَ مِنَ التَّرْجِيحِ فِي تَقْدِيمِ
التَّسْلِيمِ مَعَ حُضُورِ الْعَوْضِ الْآخِرِ ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ فِيهِ ، وَأَمَّا مَعَ الْخَطَرِ ^(١٤)
الْمُحَوِّجِ إِلَى الْحَجَرِ ، أَوِ الْمَحْجُوزِ لِلْفُسْخِ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَثْبُتَ . وَلِأَنَّ شَرْعَ

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في م : « البيع » .

(١٤) في م : « الحظر » .

الحَجَرِ لَا يَنْدَفِعُ بِهِ الضَّرَرُ . وَلَأَنَّهُ يَقِفُ عَلَى الْحَاكِمِ ، وَيَتَعَذَّرُ^(١٥) ذَلِكَ فِي الْغَالِبِ . وَلَأَنَّ مَا أَثْبَتَ الْحَجَرَ وَالْفَسْخَ / بَعْدَ التَّسْلِيمِ ، فَهُوَ أَوْلَى أَنْ يَمْنَعَ التَّسْلِيمَ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ أَسْهَلَ مِنَ الرَّفْعِ ، وَالْمَنْعَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ أَسْهَلُ مِنَ الْمَنْعِ بَعْدَهُ ، وَلِذَلِكَ مَلَكَتِ الْمَرْأَةُ مَنَعَ نَفْسِهَا قَبْلَ قَبْضِ صَدَاقِهَا ، قَبْلَ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا ، وَلَمْ تَمْلِكْهُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ . وَلَأَنَّ لِلْبَائِعِ مَنَعَ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ ، أَوْ كَوْنِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمَقْبُوضِ ؛ لِإِمْكَانِ تَقْيِيسِهِ ، وَإِلَّا^(١٦) فَلَا ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : لَهُ الْفَسْخُ . فَلَهُ ذَلِكَ بِغَيْرِ حُكْمٍ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ فَسَخَ لِلْبَيْعِ لِلْإِعْسَارِ بِثَمَنِهِ ، فَمَلَكَهُ الْبَائِعُ ، كَالْفَسْخِ فِي عَيْنِ مَالِهِ إِذَا أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : يُحَجَرُ عَلَيْهِ . فَذَلِكَ إِلَى الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ وَلَايَةَ الْحَجَرِ إِلَيْهِ .

فصل : فَإِنْ هَرَبَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ وَزَنِ الثَّمَنِ ، وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ الْفَسْخَ مَعَ حُضُورِهِ ، فَمَعَ هَرَبِهِ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَثْبَتَ الْبَائِعُ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، ثُمَّ إِنْ وَجَدَ الْحَاكِمُ لَهُ مَالًا^(١٧) قَضَاهُ ، وَإِلَّا بَاعَ الْمَبِيعَ ، وَقَضَى ثَمَنَهُ مِنْهُ ، وَمَا فَضَلَ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ، وَإِنْ أَعْوَزَ فَقَى ذِمَّتِهِ . وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّ لِلْبَائِعِ الْفَسْخَ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّنَا أَبْحَنَاهُ الْفَسْخَ مَعَ حُضُورِهِ ، إِذَا كَانَ الثَّمَنُ بَعِيدًا عَنِ الْبَلَدِ ، لِمَا عَلَيْهِ مِنْ ضَرَرِ التَّأْخِيرِ ، فَهَهُنَا مَعَ الْعَجْزِ عَنِ الْاسْتِيفَاءِ بِكُلِّ حَالٍ أَوْلَى . وَلَا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ بِرَفْعِ الْأَمْرِ إِلَى الْحَاكِمِ ؛ لِعَجْزِ الْبَائِعِ عَنْ إِثْبَاتِهِ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَقَدْ يَكُونُ الْبَيْعُ فِي مَكَانٍ لَا حَاكِمَ فِيهِ ، وَالْغَالِبُ أَنَّهُ لَا يَحْضُرُهُ مَنْ يَقْبَلُ الْحَاكِمُ شَهَادَتَهُ ، فَإِحَالَتُهُ عَلَى هَذَا تَضْيِيعٌ لِمَالِهِ . وَهَذِهِ الْفُرُوعُ تُقْوَى مَا ذَكَرْتُهُ ، مِنْ أَنَّ لِلْبَائِعِ مَنَعَ الْمُشْتَرِي مِنْ قَبْضِ الْمَبِيعِ قَبْلَ إِحْضَارِ ثَمَنِهِ ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الضَّرَرِ .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « وَيَعَذَّرُ » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « وَمَالًا » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « وَإِلَّا » .

فصل : وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لأجل الاستبراء . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وحكى عن مالك في القبيحة . وقال في الجميلة : يضعها على يدى عدل حتى تستبرأ ؛ لأن التهمة تلحقه فيها ، فمنع منها . ولنا ، أنه ينع عین لا خيار فيها ، قد قبض ثمنها ، فوجب تسليمها ، كسائر المبيعات ، وما ذكروه من التهمة لا يمكنه من التسلط على منعه من قبض مملوكه ، كالقبيحة . ^(١٨) ولأنه إذا ^(١٩) كان استبرأها قبل بيعها / ، فاحتمال وجود الحمل فيها بعيد نادر ، وإن كان لم يستبرئها ، فهو ترك التحفظ لنفسه . ولو طالب المشتري البائع بكفيل ، لئلا تظهر حاملاً ، لم يكن له ذلك ؛ لأنه ترك التحفظ لنفسه حال العقد ، فلم يكن له كفيل ، كما لو طلب كفيلاً بالثمن المؤجل .

١٢/٥ ظ

٧٥٥ - مسألة ؛ قال : (ولا يجوز بيع الآبق)

وجملته ؛ أن ينع العبد الآبق لا يصح ، سواء علم مكانه ، أو جهله . وكذلك ما فى معناه من الجمال الشارد ، والفرس العائر ^(١) ، وشبههما . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وروى عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بغيراً شاردًا . وعن ابن سيرين ؛ لا بأس ببيع الآبق ، إذا كان علمهما فيه واحداً . وعن شريح مثله . ولنا ، ما روى أبو هريرة ، قال : نهى رسول الله ﷺ ^(٢) عن بيع الحصاة ^(٣) وعن بيع الغر . رواه مسلم ^(٤) . وهذا ينع غر . ولأنه غير مقدور على تسليمه ، فلم يجز بيعه ، كالطير فى الهواء ، فإن حصل فى يد إنسان ، جاز بيعه ؛ لإمكان تسليمه .

(١٨ - ١٨) فى الأصل : « ولكنه إن » .

(١) الفرس العائر : الذى انفلت من صاحبه .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

ويأتى تفسير بيع الحصاة فى الفصل الأول ، من المسألة ٧٥٩ .

(٣) فى : باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٣/٣ .

٧٥٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا الطَّائِرُ قَبْلَ أَنْ يُصَادَ)

وجُمْلَةُ ذلك ؛ أَنَّهُ إِذَا بَاعَ طَائِرًا فِي الْهَوَاءِ ، لَمْ يَصِحَّ ، مَمْلُوكًا أَوْ غَيْرَ مَمْلُوكٍ ؛
أَمَّا الْمَمْلُوكُ ؛ فَلَأَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ ، وَغَيْرُ الْمَمْلُوكِ ، لَا يَجُوزُ لِعَلَّتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ،
الْعَجْزُ عَنْ تَسْلِيمِهِ ، وَالثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لَهُ . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا نَهْيُ النَّبِيِّ ﷺ
عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ ^(١) . وَقِيلَ فِي تَفْسِيرِهِ : هُوَ بَيْعُ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ ، وَالسَّمَكِ فِي الْمَاءِ .
وَلَا تُعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ كَوْنِ الطَّائِرِ يَأْلُفُ الرُّجُوعَ ، أَوْ لَا يَأْلُفُهُ ؛
لَأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ الْآنَ ، وَإِنَّمَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ إِذَا عَادَ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْغَائِبُ فِي
مَكَانٍ بَعِيدٍ ، لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فِي الْحَالِ ! قُلْنَا : الْغَائِبُ يَقْدِرُ عَلَى اسْتِحْضَارِهِ ،
وَالطَّيْرُ لَا يَقْدِرُ صَاحِبُهُ عَلَى رَدِّهِ ، إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ هُوَ بِنَفْسِهِ ، وَلَا يَسْتَقِلُّ مَالِكُهُ بِرَدِّهِ ،
فَيَكُونُ عَاجِزًا عَنْ تَسْلِيمِهِ ، لِعَجْزِهِ عَنِ الْوَاسِطَةِ الَّتِي يَحْصُلُ بِهَا تَسْلِيمُهُ ، بِخِلَافِ
الْغَائِبِ . وَإِنْ بَاعَهُ الطَّيْرُ فِي الْبُرْجِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ الْبُرْجُ مَفْتُوحًا ، لَمْ يَجْزْ ؛
لَأَنَّ الطَّيْرَ / إِذَا قَدَرَ عَلَى الطَّيْرَانِ لَمْ يُمَكِّنْ تَسْلِيمَهُ ، فَإِنْ كَانَ مُغْلَقًا وَيُمْكِنُ أَخْذَهُ ،
جَازَ بَيْعُهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ لَمْ يُمَكِّنْ أَخْذَهُ إِلَّا بِتَعَبٍ وَمَشَقَّةٍ ، لَمْ يَجْزْ بَيْعُهُ ؛
لِعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى تَسْلِيمِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ مُلْعَى بِالْبَعِيدِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ
إِحْضَارَهُ إِلَّا بِتَعَبٍ وَمَشَقَّةٍ . وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا ، بِأَنَّ الْبَعِيدَ تُعْلَمُ الْكُلْفَةُ الَّتِي يَحْتَاجُ إِلَيْهَا
فِي إِحْضَارِهِ بِالْعَادَةِ ، وَتَأْخِيرُ التَّسْلِيمِ مُدَّتُهُ مَعْلُومَةٌ ، وَلَا كَذَلِكَ فِي إِمْسَاكِ الطَّائِرِ .
وَالصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، أَنَّ تَفَاوُتَ الْمُدَّةِ فِي إِحْضَارِ الْبَعِيدِ ^(٢) ، وَاخْتِلَافُ

و ١٤/٥

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٨/٢ . والنسائي ،
في : باب بيع الحصاة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٠/٧ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الحصاة
وعن بيع الغرر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٩/٢ . والدارمي ، في : باب في بيع الحصاة ، من
كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٠/٢ ، ٣٧٦ ، ٤٣٦ ، ٤٣٩ ،
٤٩٦ .

(١) تقدم نخرج الحديث في المسألة السابقة .

(٢) في الأصل ، م : « ولا البعيد » .

الْمَشَقَّةُ أَكْثَرُ مِنَ التَّفَاوُتِ وَالْاِخْتِلَافِ فِي إِمْسَاكِ طَائِرٍ مِنَ الْبُرْجِ ، وَالْعَادَةُ تَكُونُ فِي هَذَا ، كَالْعَادَةِ فِي ذَاكَ ، فَإِذَا صَحَّ فِي الْبَعِيدِ مَعَ كَثْرَةِ التَّفَاوُتِ ، وَشِدَّةِ اِخْتِلَافِ الْمَشَقَّةِ ، فَهَذَا أَوْلَى .

٧٥٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا السَّمَكُ فِي الْآجَامِ ^(١))

هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ نَهَى عَنْهُ ، قَالَ : إِنَّهُ غَرَرٌ . وَكَرِهَ ذَلِكَ الْحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَلَا نَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْحَدِيثِ . وَالْمَعْنَى لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فِي الْمَاءِ إِلَّا أَنْ يَجْتَمَعَ ثَلَاثَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ الْمَاءُ رَقِيقًا ، لَا يَمْنَعُ مُشَاهَدَتَهُ وَمَعْرِفَتَهُ . الثَّلَاثُ ، أَنْ يُمَكِّنَ اصْطِيَادَهُ وَإِمْسَاكَهُ . فَإِنْ اجْتَمَعَتْ هَذِهِ الشُّرُوطُ ، جَازَ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ مَعْلُومٌ مَقْدُورٌ ^(٢) عَلَى تَسْلِيمِهِ ؛ فَجَازَ بَيْعُهُ ، كَالْمَوْضُوعِ فِي الطُّسْتِ . وَإِنْ اخْتَلَّ شَرْطٌ مِمَّا ذَكَرْنَا ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ اخْتَلَّتِ الثَّلَاثَةُ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ؛ لِثَلَاثِ عِلَلٍ . وَإِنْ اخْتَلَّ اثْنَانِ مِنْهَا ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ؛ لِعِلَّتَيْنِ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى فِي مَنْ لَهُ أَجْمَةٌ يَحْبِسُ السَّمَكَ فِيهَا ، يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ظَاهِرًا ، أَشْبَهَ مَا يَحْتَاجُ إِلَى مُؤَنَةٍ فِي كَيْلِهِ وَوَزْنِهِ وَنَقْلِهِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا : لَا تَشْتَرُوا السَّمَكَ فِي الْمَاءِ ، فَإِنَّهُ غَرَرٌ ^(٣) . وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ ^(٤) ، وَهَذَا مِنْهُ . وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ إِلَّا بَعْدَ اصْطِيَادِهِ ،

(١) الْأَجْمَةُ ، بِالْفَتْحِ : كُلُّ بَيْتٍ مَرْبِعٍ مَسْطُحٍ .

(٢) فِي م : « مَقْدَرٌ » .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ السَّمَكِ فِي الْمَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . السَّنَنِ الْكِبَرَى ٣٤٠/٥ . وَالْهَيْثَمِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْغَرَرِ وَمَا نَهَى عَنْهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . مَجْمَعُ الزَّوَائِدِ ٨٠/٤ . كِلَاهُمَا عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ مَرْفُوعًا وَمَرْقُوفًا .

(٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ .

أشبه الطَّيْرَ في الهواءِ ، والعَبْدَ / الآبَى ؛ لَأَنَّهُ مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ بَيْعُهُ ، كاللَّبَنِ في الضَّرْعِ ، والنَّوَى في الثَّمَرِ ، ويُفَارِقُ ما ذَكَرُوهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ مُؤَنَةِ الْقَبْضِ ، وهذا يَحْتَاجُ إِلَى مُؤَنَةٍ لِيُمْكِنَ قَبْضُهُ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ لَهُ بَرَكَةٌ فِيهَا سَمَكٌ لَهُ يُمْكِنُ اصْطِيَادُهُ بغير كُفْلَةٍ ، والماءُ رَقِيقٌ لَا يَمْنَعُ مُشَاهَدَتَهُ ، صَحَّ بَيْعُهُ ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنِ إِلَّا بِمَشَقَّةٍ ، وَكُفْلَةٍ يَسِيرَةٍ^(٥) ، بِمَنْزِلَةِ كُفْلَةِ اصْطِيَادِ الطَّائِرِ مِنَ الْبُرْجِ ، فَالْقَوْلُ فِيهِ كَالْقَوْلِ فِي بَيْعِ الطَّائِرِ فِي الْبُرْجِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ . وَإِنْ كَانَتْ كَثِيرَةً ، وَتَتَطَاوَلُ الْمُدَّةُ فِيهِ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ؛ لِلْعَجْزِ عَنْ تَسْلِيمِهِ ، وَالْجَهْلِ لَوَقْتِ إِمْكَانِ التَّسْلِيمِ .

فصل : إِذَا أَعَدَّ بَرَكَةً ، أَوْ مِصْنَفَةً ؛ لِيَصْطَادَ فِيهَا السَّمَكُ ، فَحَصَلَ فِيهَا سَمَكٌ مَلَكَهَ ؛ لِأَنَّهُ آلَةٌ مُعَدَّةٌ لِلْاصْطِيَادِ ، فَأَشْبَهَ الشَّبَكَةَ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ الْبَرَكَةَ ، أَوْ الشَّبَكَةَ ، أَوْ اسْتَعَارَ هُمَا لِلْاصْطِيَادِ ، جَازَ ، وَمَا حَصَلَ فِيهِمَا مَلَكَهَ . وَإِنْ كَانَتْ الْبَرَكَةُ غَيْرَ مُعَدَّةٍ لِلْاصْطِيَادِ ، لَمْ يَمْلِكْ مَا حَصَلَ فِيهَا مِنَ السَّمَكِ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُعَدَّةٍ لَهُ ، فَأَشْبَهَتْ أَرْضَهُ إِذَا دَخَلَ فِيهَا صَيْدٌ ، أَوْ حَصَلَ فِيهَا سَمَكٌ . وَمَتَى نَصَبَ شَبَكَةً ، أَوْ شَرَكًا ، أَوْ فَخًّا ، أَوْ أَحْبُولَةً ، مَلَكَ مَا وَقَعَ فِيهَا مِنَ الصَّيْدِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ يَدِهِ . وَكَذَلِكَ لَوْ نَصَبَ الْمَنَاجِلَ لِلصَّيْدِ ، وَسَمَّى فَقَتَلَتْ صَيْدًا ، حَلَّ لَهُ أَكْلُهُ ، وَكَانَ كَذَبُوحِهِ . وَلَوْ وَقَعَ فِي شَبَكَتِهِ أَوْ شَبْهَهَا شَيْءٌ كَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ ، فَعُلِمَ بِذَلِكَ ، أَنَّهُ كَيْدُهُ . وَلَوْ أَعَدَّ لِمِيَاهِ الْأَمْطَارِ مَصَانِعَ^(٦) ، أَوْ بَرَكًا ، أَوْ أَوَانِي ؛ لِيَحْصُلَ فِيهَا الْمَاءُ ، مَلَكَهَ بِحُصُولِهِ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا فِي بَابِ الْإِعْدَادِ ، كَالشَّبَاكِ لِلْاصْطِيَادِ . وَلَوْ أَعَدَّ سَفِينَةً لِلْاصْطِيَادِ ، كَالَّتِي يُجْعَلُ فِيهَا الضَّوُّ وَيُضْرَبُ صَوَانِي الصُّفْرِ^(٧) ؛ لِيَشَبَّ السَّمَكُ فِيهَا ، كَانَ حُصُولُهُ فِيهَا كَحُصُولِهِ فِي شَبَكَتِهِ ؛ لِكَوْنِهَا صَارَتْ مِنَ الْآلَاتِ الْمُعَدَّةِ لَهُ ، وَلَوْ لَمْ يُعِدَّهَا لِذَلِكَ ، لَمْ يَمْلِكْ مَا وَقَعَ فِيهَا . وَمَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ فَأَخَذَهُ مَلَكَهَ ،

(٥) فِي الْأَصْلِ : « وَكَانَتْ بِسِيرَةٍ » .

(٦) جَمْعُ مَصْنَعٍ ، وَهُوَ حَوْضٌ شَبَهَ الصَّهْرِيحِ ، يَجْمَعُ فِيهِ مَاءَ الْمَطَرِ .

(٧) نَوْعٌ مِنَ النِّحَاسِ .

كالأرض التي لم تُعَدَّ للاصطياد ، مثل أرض الزرع إذا دخلها ماء فيه سمك ، ثم
نَضَبَ عنه ، أو حَلَّ^(٨) فيها ظبي ، أو عَشَّشَ فيها طائر ، أو سَقَطَ فيها جراد ، أو
حَصَلَ فيها ملح ، لم يَمْلِكْهُ / صَاحِبُهَا ؛ لأنه ليس من نَماء الأرض ، ولا مِمَّا هِيَ
مُعَدَّةٌ لَهُ ، لكنَّهُ يَكُونُ أَحَقُّ بِهِ ، إذ ليس لغيره التَّخَطُّى في أرضه ، ولا الِانْتِفَاعُ بها ،
فإن تَخَطَّى وأخذه ، أخطأ ومَلَكَهُ . قال أحمدُ في وَرْشَانٍ^(٩) على نَحْلَةِ قومٍ ، صَاحِبُهُ
إِنْسَانٌ : هو للصَّائِدِ . وقال في طَيْرَةٍ^(١٠) لِقَوْمٍ أَفْرَحَتْ في دارٍ جيرانِهِمْ : إنَّ الفَرَحَ
يَتَّبَعُ الأُمَّ ، يُرَدُّ فِرَاحُهَا على أَصْحَابِ الطَّيْرِ . واختارَ ابنُ عَقِيلٍ ، في المَأْخُودِ من
أَمْلَاقِ النَّاسِ ، من صَيِّدٍ وَكَلٍّ وَشِبْهَةٍ ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا بِأَخْذِهِ ؛ لأنه سَبَبٌ مَنَهِىٌ عَنْهُ ،
فلم يُفِدِ المَلِكُ ، كالْبَيْعِ المَنَهِىِ عَنْهُ ، إذ السَّبَبُ لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ كَوْنِهِ بَيْعًا ، أو غَيْرَهُ ؛
لقوله عليه السَّلَامُ : « مَنْ عَمِلَ^(١١) عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا ، فَهُوَ رَدٌّ »^(١٢) .
والصَّحِيحُ الأوَّلُ . ولا يُسَلَّمُ أَنَّ السَّبَبَ مَنَهِىٌ عَنْهُ ، فإنَّ السَّبَبَ الْأَخْذُ ، وليس
بمَنَهِىٍ عَنْهُ ، إِنَّمَا نَهَى عَنِ الدُّخُولِ ، وهو غَيْرُ السَّبَبِ ، بخِلَافِ البَيْعِ ، ولأنَّ النَّهْيَ
هُنَا لِحَقِّ آدَمِيٍّ ، فَلَا يَمْنَعُ المَلِكُ ، كَبَيْعِ المُصَرَّاةِ ، والمَعِيبِ ، وتَلَقُّى الرُّكْبَانِ ،
والتَّجَشُّرِ ، وَبَيْعِهِ على بَيْعِ أَخِيهِ . ولو أَعَدَّ أرضُهُ لِلْمَلْحِ ، فَجَعَلَهَا مَلَا حَةً ؛ لِيَحْصُلَ
فِيهَا المَاءُ ، فَيَصِيرَ مِلْحًا ، كالأرضِ التي على سَاحِلِ البَحْرِ ، يَجْعَلُ إِلَيْهَا طَرِيقًا لِلْمَاءِ ،
فإذا امْتَلَأَتْ قِطْعَةُ عَنْهَا ، أو تَكُونُ أرضُهُ سَبْحَةً ، يَفْتَحُ إِلَيْهَا المَاءُ^(١٣) من عَيْنٍ ، أو
يَجْمَعُ فِيهَا ماءَ المَطَرِ ، فَيَصِيرُ مِلْحًا ، مَلَكَهُ بِذَلِكَ ؛ لأنها مُعَدَّةٌ لَهُ ، فَأَشْبَهَتْ البِرْكَاةَ
المُعَدَّةَ لِلصَّيِّدِ . وإن لم يَكُنْ أَعَدَّهَا لذلك ، لم يَمْلِكْ مَا حَصَلَ فِيهَا ، كما قَدَّمْنَا في
مِثْلِهَا . فإن قيل : فقد رَوَى عن أحمدَ ، في إِنْسَانٍ رَمَى طَيْرًا بِبُنْدُقٍ ، فَوَقَعَ في دارٍ

(٨) في م : « دخل » .

(٩) الورشان : طائر يسمى ساق حُرٍّ ، لحمه أخف من الحمام .

(١٠) كذا ورد .

(١١) سقط من : م .

(١٢) تقدم تخريجه في ٢٠٥/٥ ، ٢٠٦ .

(١٣) سقط من : الأصل .

قَوْمٍ ، فهو لهم دُونُهُ . وهذا يُدُلُّ على أَنَّهُمْ مَلَكَوْهُ بِحُصُولِهِ فِي دَارِهِمْ . قُلْنَا : هذا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ وَقَعَ مُمْتَنِعًا ، فَصَادَهُ أَهْلُ الدَّارِ ، فَمَلَكَوْهُ بِاصْطِيَادِهِمْ . كذلك قال ابنُ عَقِيلٍ . وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ عَلَى هذا ؛ لأنَّهُمْ إِذَا لم يَمْلِكُوا ما حَصَلَ فِي دَارِهِمْ يَفْعَلُ اللهُ تَعَالَى ، فما حَصَلَ يَفْعَلُ آدَمِيٌّ أَوْ لَى . ولأنَّهُ وَقَعَ فِي الدَّارِ بَعْدَ الضَّرْبَةِ الْمُثْبِتَةِ لَهُ ، الَّتِي يُمْلِكُ بِهَا الصَّيِّدُ ، فَأَشْبَهَ ما لو أَطَارَتِ الرِّيحُ ثَوْبَ إِنْسَانٍ ، فَأَلْقَتْهُ فِي دَارِهِمْ . ولو كانت آلَةُ / الصَّيِّدِ ، كالشَّبَكَةِ ، وَالشَّرَكِ ، وَالْمَنَاجِلِ ، غَيْرَ مَنصُوبَةٍ لِلصَّيِّدِ ، وَلَا قُصِدَ بِهَا الاِصْطِيَادُ ، فَتَعَلَّقَ بِهَا صَيِّدٌ لم يَمْلِكْهُ صَاحِبُهَا بِذلك ؛ لأنَّهَا غَيْرُ مُعَدَّةٍ لِلصَّيِّدِ فِي هذه الحَالِ ، فَأَشْبَهَتْ الأَرْضَ الَّتِي لَيْسَتْ مُعَدَّةً لَهُ .

١٥/٥ ظ

فصل : وما حَصَلَ مِنَ الصَّيِّدِ فِي كَلْبِ إِنْسَانٍ أَوْ صَقْرِهِ أَوْ فَهْدِهِ ، وَكَانَ اسْتَرْسَلَ بِإِرْسَالِ صَاحِبِهِ ، فَهُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ آكَدُ مِنَ الشَّبَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ حَيَوَانٌ يَحْصُلُ بِفِعْلِهِ ، وَقُصِدَ ، وَإِرْسَالُ صَاحِبِهِ ، فَهُوَ كَسَهْمِهِ ، وَلَأنَّ اللهَ تَعَالَى قال : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ ^(١٤) . وَإِنْ اسْتَرْسَلَ بِنَفْسِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّيِّدِ الْحَاصِلِ فِي أَرْضِ إِنْسَانٍ ، فِي أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، وَلَيْسَ لغيرِهِ أَخْذُهُ ، فَإِنْ أَخْذَهُ غَيْرُهُ مَلَكَهُ ، كَالْكَلَالِ . وَكَذلك ما يَحْصُلُ فِي بَهِيمَةِ إِنْسَانٍ مِنَ الْحَشِيشِ فِي المَرْعَى .

٧٥٨ - مسألة : قال : (وَالْوَكِيلُ إِذَا خَالَفَ فَهُوَ ضَامِنٌ ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْأَمْرُ ، فَيَلْزَمُهُ)

وَجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّ الْوَكِيلَ إِذَا خَالَفَ مُوَكَّلَهُ ، فَاشْتَرَى غَيْرَ ما أَمَرَهُ بِشِرَائِهِ ، أَوْ باعَ ما لم يُؤْذَنْ لَهُ فِي بَيْعِهِ ، أَوْ اشْتَرَى غَيْرَ ما عَيَّنَ لَهُ ، فَعَلَيْهِ ضَمَانٌ ما قَوَّتْ عَلَى المَالِكِ ، أَوْ تَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ حَالِ الأَمَانَةِ ، وَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الغَاصِبِ ، فَأَمَّا قَوْلُهُ : « إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْأَمْرُ ، فَيَلْزَمُهُ » . يَعْنِي إِذَا اشْتَرَى غَيْرَ ما أَمَرَ بِشِرَائِهِ ، بِشَمْنٍ فِي ذِمَّتِهِ ، فَإِنَّ الشِّرَاءَ صَحِيحٌ ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْمُوَكَّلِ ، فَإِنْ أَجَازَهُ لَزِمَهُ ، وَعَلَيْهِ الثَّمَنُ ،

(١٤) سورة المائدة ٤ .

وإن لم يقبل ، لزم الوكيل ، ويتعين حمله على هذه الصورة ؛ لأنه قد بين في موضع آخر . فقال : إلا أن يكون اشتراه بعين المال ، فيطّل الشراء . وذكره في كتاب العتق أيضا ، فلذلك نعين حمل هذه المسألة على ما قلنا . وإنما صح الشراء ؛ لأنه متصرف في ذمته ، لا في مال غيره ، وسواء نقد الثمن من مال الموكل ، أم لا ؛ لأن الثمن هو الذي في الذمة ، والذي نقده عوضه ، ولذلك قلنا : إنه إذا اشترى في الذمة ، ونقده الثمن بعد ذلك ، كان له البدل . وإن خرج مفعوبا ، لم يطل العقد ، وإنما وقف على إجازة الأمر ؛ لأنه قصد الشراء له ، / فإن أجازته لزمه ، وعليه الثمن ، وإن لم يقبله ، لزم من اشتراه .

فصل : وإن اشترى بعين مال الأمر أو باع بغير إذنه ، أو اشترى لغير موكله شيئا بعين ماله ، أو باع ماله بغير إذنه ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، البيع باطل ، ويجب رده . وهذا مذهب الشافعي ، وأبي ثور ، وابن المنذر . والثانية ، البيع والشراء صحيحان ، ويقف على إجازة المالك ، فإن أجازته نفذ ، ولزم البيع ، وإن لم يجزه ، بطل ، وهذا مذهب مالك ، وإسحاق ، وقول أبي حنيفة في البيع ، فأبى الشراء ، فعنده يقع للمشتري بكل حال . ووجه هذه الرواية ، ما روى عروة بن الجعد الباقى رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري به شاة ، فاشترى شاتين ، ثم باع إحداهما بدينار في الطريق ، قال : فائت النبي ﷺ بالدينار والشاة ، فأخبرته ، فقال : « بَارَكَ اللَّهُ فِي صَفَقَةِ يَمِينِكَ » . رواه الأثرم وابن ماجه (١) . ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه ، فيجب أن يقف على إجازته ، كالوصية . ووجه الرواية الأولى ، قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام : « لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » .

(١) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الأمين يتجر فيه فبيع ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٣/٢ . كما أخرجه البخارى ، في : باب حدثني محمد بن المنثري ، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٢٥٢/٤ ، وأبو داود ، في : باب في المضارب يخالف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٩/٢ . والترمذى ، في : باب حدثني أبو كريب ... ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٦٣/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٧٦/٤ .

رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٢) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . يَعْنِي مَا لَا تَمْلِكُ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَهُ جَوَابًا لَهُ حِينَ سَأَلَهُ ، أَنَّهُ يَبِيعُ الشَّيْءَ ، ثُمَّ يَمْضِي فَيَشْتَرِيهِ وَيُسَلِّمُهُ^(٣) . وَلَا تَفَاقُنَا عَلَى صِحَّةِ بَيْعِ مَالِهِ الْغَائِبِ ، وَلِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فَأَشْبَهَ الطَّيْرَ فِي الْهَوَاءِ ، وَالْوَصِيَّةُ يَتَأَخَّرُ فِيهَا الْقَبُولُ عَنِ الْإِجَابِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ لَهَا مُجِيزٌ حَالٌ وَقُوعِ الْعَقْدِ ، وَيَجُوزُ فِيهَا مِنَ الْعَرَرِ ، مَا لَا يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ ، فَأَمَّا حَدِيثُ عُرْوَةَ فَتَحْمِلُهُ عَلَى أَنْ وَكَالَتْهُ كَانَتْ مُطْلَقَةً ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ سَلَّمَ وَتَسَلَّمَ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ لغير المَالِكِ بِاتِّفَاقِنَا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ عَيْنًا لَا يَمْلِكُهَا ، لِيَمْضِيَ وَيَشْتَرِيَهَا ، وَيُسَلِّمَهَا ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ قَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ : إِنَّ الرَّجُلَ يَأْتِينِي ، فَيَلْتَمِسُ مِنَ الْبَيْعِ مَا عِنْدِي ، فَأَمْضِي إِلَى السُّوقِ فَاشْتَرِيهِ ، ثُمَّ أَيْبِعُهُ مِنْهُ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » .

ظ ١٦/٥

فصل : وَلَوْ بَاعَ سِلْعَةً ، وَصَاحِبُهَا حَاضِرٌ سَاكِتٌ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ بَاعَهَا مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ : أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ^(٣) ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يَوْسَفَ^(٤) . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : سُكُوتُهُ إِقْرَارٌ ؛ لِأَنَّهُ دَلِيلٌ عَلَى الرِّضَى ، فَأَشْبَهَ سُكُوتَ الْبَكْرِ فِي الْإِذْنِ فِي نِكَاحِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ السُّكُوتَ مُحْتَمِلٌ ،

(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ... ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ ، سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٣٧/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٤١/٥ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عَنْده ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٥٤/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْبَائِعِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٢٥٤/٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٣٤ ، ٤٠٢/٣ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

فلم يكن إذنا ، كسكوت الثيب ، وفارق سكوت البكر ؛ لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها ، وليس ذلك بموجود ههنا .

فصل : وإذا وكل رجلين في بيع سلعة ، فباع كل واحد منهما السلعة من رجل ، بئمن مسمى ، فالبيع للأول منهما ، روى هذا عن شريح ، وابن سيرين ، والشافعي ، وابن المنذر . وحكى عن ربيعة ومالك أنهما قالا : هي للذي بدأ بالقبض . ولنا ، أنه قد روى في حديث : « إذا باع المميزان فهو للأول » . رواه ابن ماجه^(٥) ، ولأن الوكيل الثاني زالت وكالته بانتقال ملك الموكّل عن السلعة ، فصار بائعا ملك غيره بغير إذنه ، فلم يصح ، كما لو قبض الأول ، أو كما لو زوج أحد الوليين بعد الأول .

٧٥٩ - مسألة ؛ قال : (ويبيع الملامسة والمنازدة غير جائز)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في فساد هذين البيعين ، وقد صح أن النبي ﷺ ، نهى عن الملامسة والمنازدة . متفق عليه^(١) . واللامسة ، أن يبيعه شيئا ،

(٥) في : باب إذا باع المميزان فهو للأول ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٨/٢ .
(١) أخرجه البخارى ، في : باب ما يستر من العورة ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب بيع الملامسة ، وباب بيع المنازدة ، وباب بيع المخاضرة ، من كتاب البيوع ، وفي : باب اشتال الصماء ، وباب الاحتباء في ثوب واحد ، من كتاب اللباس ، وفي : باب الجلوس كيفما تيسر ، من كتاب الاستئذان . صحيح البخارى ١٠٣/١ ، ٩١/٣ ، ٩٢ ، ١٠٢ ، ١٩٠/٧ ، ١٩١ ، ٧٩/٨ . ومسلم ، في : باب إبطال بيع الملامسة والمنازدة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥١/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٨/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في الملامسة والمنازدة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٤٥/٦ ، ٤٦ . والنسائي ، في : باب بيع الملامسة ، وباب تفسير ذلك ، وباب بيع المنازدة ، وباب تفسير ذلك ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٨/٧ - ٢٣٠ . وابن ماجه ، في : باب ما جاء في النهي عن المنازدة واللامسة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٣/٢ . والدارمى ، في : باب في النهي عن المنازدة واللامسة ، من كتاب البيوع . سنن الدرامى ٢٥٣/٢ . والإمام مالك ، في : باب الملامسة والمنازدة ، من كتاب البيوع ، وفي : باب ما جاء في لبس الثياب ، من كتاب اللبس . الموطأ ١٦٦/٢ ، ٩١٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٧٩/٢ ، ٤١٩ ، ٤٦٤ ، ٤٧٦ ، ٤٨٠ ، ٤٩٦ ، ٥٢١ ، ٥٢٩ ، ٦/٣ ، ٦٦ ، ٩٥ .

ولا يُشاهده ، على أنه متى لمسه وقَعَ البيع . والمُنَابَذَةُ ، أن يقول : أي ثوب بُذِئَتْه إلى فقد اشترَيْتَه بكذا . هذا ظاهرُ كلامِ أحمد . ونحوه قال مالك ، والأوزاعي . وفيما رَوَى البخاري^(٢) أن رسول الله ﷺ نَهَى عن المُنَابَذَةِ ، وهي طَرَحُ الرَّجُلِ ثَوْبَهُ بِالْبَيْعِ إِلَى الرَّجُلِ ، قبل أن يُقْلِبَهُ أو يَنْظُرَ إليه ، ونَهَى عن المُلَامَسَةِ ، لمس الثَّوبِ لا يَنْظُرَ إليه . ورَوَى مُسْلِمٌ ، في « صَحِيحِهِ »^(٣) ، عن أَبِي هُرَيْرَةَ ، في تَفْسِيرِهَا^(٤) قال : هو لَمَسُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَوْبَ صَاحِبِهِ بِغَيْرِ تَأْمُلٍ . والمُنَابَذَةُ ، أَنْ يَنْبِذَ كُلُّ وَاحِدٍ ثَوْبَهُ ، ولم يَنْظُرْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى ثَوْبِ صَاحِبِهِ . وعلى مَا فَسَّرْنَاهُ بِهِ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ فِيهِمَا ؛ لِعِلَّتَيْنِ ؛ / إِحْدَاهُمَا ، الْجَهَالَةُ . والثانية ، كَوْنُهُ مُعَلَّقًا عَلَى شَرْطٍ ، وهو بُذْ الثَّوبِ إِلَيْهِ ، أو لَمَسُهُ لَهُ . وَإِنْ عَقَدَ الْبَيْعَ قَبْلَ بُذِّهِ ، فَقَالَ : بِعْتُكَ مَا تَلَمَسُهُ مِنْ هَذِهِ الثِّيَابِ . أو مَا أَتْبَذَهُ إِلَيْكَ . فهو غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَلَا مَوْصُوفٍ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ وَاحِدًا مِنْهُمَا^(٥) .

و ١٧/٥

فصل : ومن البيوع المنهي عنها ، بيع الحصة . فَإِنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ رَوَى ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ . رواه مُسْلِمٌ^(٦) . وَاخْتَلَفَ فِي تَفْسِيرِهِ ، فَقِيلَ : هو أَنْ يَقُولَ : أَرَمَ هَذِهِ الْحَصَاةَ ، فَعَلَى أَيِّ ثَوْبٍ وَقَعْتَ ، فهو لك بِدَرَاهِمٍ . وقيل : هو أَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الْأَرْضِ مِقْدَارَ مَا تَبْلُغُ هَذِهِ الْحَصَاةُ ، إِذَا رَمَيْتَهَا ، بكذا . وقيل : هو أَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ هَذَا بِكَذَا ، عَلَى أَنِّي مَتَى رَمَيْتُ هَذِهِ الْحَصَاةَ ، وَجَبَ الْبَيْعُ . وَكُلُّ هَذِهِ الْبُيُوعِ فَاسِدَةٌ ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْغَرَرِ وَالْجَهْلِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

(٢) في : باب بيع الملامسة ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩١/٣ .

(٣) في : باب إبطال بيع الملامسة والمُنَابَذَةِ ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٢/٣ .

(٤) في م : « تفسيرها » .

(٥) سقط من : « م » .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٢٨٩ .

فصل : ورَوَى أَنَسٌ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ الْمُحَاقَلَةِ ، وَالْمُخَاضَرَةِ ، وَالْمَلَامَسَةِ ، وَالْمُنَابَذَةِ . أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ^(٧) . وَالْمُخَاضَرَةُ ، يَبْعُ الزَّرْعَ الْأَخْضَرَ ، وَالثَّمَرَةَ قَبْلَ بُدْوِ صِلَاحِهَا ، بغير شَرْطِ الْقَطْعِ . وَالْمُحَاقَلَةُ ، يَبْعُ الزَّرْعَ بِحَبٍّ مِنْ جِنْسِهِ . قَالَ جَابِرٌ : الْمُحَاقَلَةُ ، أَنْ يَبْعَ الزَّرْعَ بِمِائَةِ فَرْقٍ حِنْطَةً . قَالَ الْأَزْهَرِيُّ^(٨) : الْحَقْلُ ، الْقَرَاخُ الْمَزْرُوعُ ، وَالْحَوَاقِلُ الْمَزَارِغُ . وَفَسَّرَ أَبُو سَعِيدٍ الْمُحَاقَلَةَ ، بِاسْتِكْرَاءِ الْأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ .

٧٦٠ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَا يَبْعُ الْحَمْلُ غَيْرَ أُمِّهِ ، وَاللَبَنُ فِي الضَّرْعِ)

معناه ، يَبْعُ الْحَمْلُ فِي الْبَطْنِ ، دُونَ الْأُمِّ . وَلَا خِلَافَ فِي فَسَادِهِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَقَدْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ يَبْعَ الْمَلَاقِيحَ وَالْمَضَامِينَ غَيْرُ جَائِزٍ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجُزْ يَبْعُ الْحَمْلُ فِي الْبَطْنِ ؛ لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، جَهَالَتُهُ ، فَإِنَّهُ لَا تُعْلَمُ صِفَتُهُ وَلَا حَيَاتُهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، بِخِلَافِ الْغَائِبِ ، فَإِنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى الشَّرْعِ فِي تَسْلِيمِهِ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ يَبْعِ الْمَضَامِينَ ، وَالْمَلَاقِيحِ^(١) . قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ^(٢) : الْمَلَاقِيحُ ، مَا فِي الْبُطُونِ ، وَهِيَ الْأَجِنَّةُ . وَالْمَضَامِينُ ، مَا فِي أَصْلَابِ الْفُحُولِ . فَكَانُوا يَبْعُونَ الْجَنِينَ فِي بَطْنِ أُمِّهِ^(٣) ، وَمَا يَضْرِبُهُ الْفَحْلُ فِي عَامِهِ ، أَوْ فِي أَعْوَامِهِ . وَأَنْشَدَ^(٤) :

إِنَّ الْمَضَامِينَ الَّتِي فِي الصُّلْبِ
مَاءُ الْفُحُولِ فِي الظُّهُورِ الْحُدْبِ

(٧) في : باب بيع المخاضرة ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ١٠٢/٣ ، ١٠٣ .

(٨) في تهذيب اللغة ، (ح ق ل) ٤٧/٤ ، ٤٨ .

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب النهي عن بيع الحبلية ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٤١/٥ .

(٢) في غريب الحديث ٢٠٧/١ ، ٢٠٨ .

(٣) في م : « الناقة » .

(٤) الرجز غير معرّف ، في : اللسان (ض م ن) ، وتهذيب اللغة ٥٠/١٢ .

وَرَوَى ابْنُ عَمَرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَجْرِ^(٥) . قَالَ ابْنُ الْأَعْرَابِيِّ : الْمَجْرُ مَا فِي بَطْنِ النَّاقَةِ . وَالْمَجْرُ الرَّبَا . وَالْمَجْرُ الْقِمَارُ . وَالْمَجْرُ الْمُحَاقَلَةُ وَالْمُزَابَنَةُ .

فصل : وَقَدْ رَوَى ابْنُ عَمَرَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ^(٦) حَبْلِ الْحَبَلَةِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٧) . وَمَعْنَاهُ ، نِتَاجُ النَّتَاجِ . قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ^(٨) . وَعَنْ ابْنِ عَمَرَ قَالَ : كَانَ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ يَتَبَايَعُونَ لَحْمَ الْجَزُورِ إِلَى حَبْلِ الْحَبَلَةِ . وَحَبْلُ الْحَبَلَةِ أَنْ تُنْتَجَ النَّاقَةُ ، ثُمَّ تَحْمِلُ الَّتِي تُنَجَّتْ ، فَهَافُهُمُ النَّبِيُّ ﷺ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٩) ، وَكِلَا الْبَيْعَيْنِ فَاسِدٌ ؛ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَأَنَّهُ يَبْعُ مَعْدُومٌ ، وَإِذَا لَمْ يَجْزُ بَيْعُ الْحَمْلِ ، فَيَبْعُ حَمْلَهُ أَوَّلَى . وَأَمَّا الثَّانِي ، فَلَأَنَّهُ يَبْعُ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَنَهَى عَنْهُ ابْنُ عَبَّاسٍ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ . وَكَرِهَهُ طَاوُسٌ وَمُجَاهِدٌ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، أَنَّهُ يَجُوزُ أَيَّامًا مَعْلُومَةً ، إِذَا عَرَفَا جِلَابَهَا ، لِسَقْيِ الصَّبِيِّ ، كَلَبْنِ

(٥) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٤١/٥ .
(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٧) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْغُرَرِ وَحَبْلِ الْحَبَلَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَفِي : بَابِ السَّلَامِ إِلَى أَنْ تُنْتَجَ النَّاقَةُ ، مِنْ كِتَابِ السَّلَامِ ، وَفِي : بَابِ أَيَّامِ الْجَاهِلِيَّةِ ، مِنْ كِتَابِ مَنَاقِبِ الْأَنْصَارِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩١/٣ ، ١١٤ ، ٥٤/٥ ، وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٥٣/٣ .
كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْغُرَرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٢٩/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٣٦/٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ ، وَبَابِ تَفْسِيرِ ذَلِكَ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٢٥٧/٧ ، ٢٥٨ ، وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ شِرَاءِ مَا فِي بَطْنِ الْأَنْعَامِ وَضُرُوعِهَا وَضَرْبَةِ الْغَائِصِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٧٤٠/٢ .
وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا لَا يَجُوزُ مِنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُوطَأُ ٦٥٣/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥٦/١ ، ٥/٢ ، ١١ ، ١٥ ، ٦٣ ، ٧٦ ، ٨٠ ، ١٠٨ ، ١٤٤ ، ١٥٥ .

(٨) فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ ٢٠٨/١ .

(٩) فِي : بَابِ تَحْرِيمِ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٥٤/٣ .

الظَّهْر . وَأَجَاذَهُ الْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى
ابْنُ عَبَّاسٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ يُبَاعَ صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ ، أَوْ لَبَنٌ فِي ضَرْعٍ ،
رَوَاهُ الْخَلَّالُ^(١٠) . وَلَأنَّه مَجْهُولُ الصِّفَةِ وَالْمِقْدَارِ ، فَأُشْبِهَ الْحَمْلَ ؛ لِأنَّه يَبِيعُ عَيْنٌ
لَمْ تُخْلَقْ ، فَلَمْ يَجْزْ ، كَبَيْعِ مَا تَحْمِلُ النَّاقَةُ ، وَالْعَادَةُ فِي ذَلِكَ تَخْتَلِفُ . وَأَمَّا لَبَنُ
الظَّهْرِ فَإِنَّمَا جَازَ لِلْحَضَائَةِ ؛ لِأنَّ مَوْضِعَ حَاجَةِ .

فصل : واختلفت الرواية في بيع الصوف على الظهر ؛ فَرَوَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛
لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْحَدِيثِ ، وَلَأنَّه مُتَّصِلٌ بِالْحَيَوَانِ ، فَلَمْ يَجْزْ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ ، كَأَعْضَائِهِ .
وَرَوَى عَنْهُ ، أَنَّهُ يَجُوزُ بِشَرْطِ جُزْءٍ ، الْحَالِ ؛ لِأنَّه مَعْلُومٌ يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ ، فَجَازَ بَيْعُهُ ،
كَالرَّطْبَةِ . وَفَارَقَ الْأَعْضَاءَ ، فَإِنْ لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمُهَا مَعَ سَلَامَةِ الْحَيَوَانِ . وَالْخِلَافُ
فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي اللَّبَنِ فِي / الضَّرْعِ ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ بِشَرْطِ الْقَطْعِ ، فَتَرَكَهَ حَتَّى طَالَ ،
فَحُكْمُهُ حُكْمُ الرَّطْبَةِ إِذَا اشْتَرَاهَا ، فَتَرَكَهَا حَتَّى طَالَتْ .

و ١٨/٥

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا تُجْهَلُ صِفَتُهُ ، كَالْمِسْكِ فِي الْفَارِ ، وَهُوَ الْوِعَاءُ الَّذِي
يَكُونُ فِيهِ . قَالَ الشَّاعِرُ :

إِذَا التَّاجِرُ الْهِنْدِيُّ جَاءَ بِفَآرَةٍ مِنْ الْمِسْكِ رَاحَتْ فِي مَفَارِقِهِمْ تَجْرِي
فَإِنْ فَتَحَ وَشَاهَدَ مَا فِيهِ ، جَازَ بَيْعُهُ ، وَإِنْ لَمْ يُشَاهِدْهُ ، لَمْ يَجْزْ بَيْعُهُ ؛ لِلْجَهَالَةِ .
وَقَدْ قَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيِّينَ : يَجُوزُ ؛ لِأنَّ بَقَاءَهُ فِي فَارِهِ مَصْلَحَةٌ لَهُ ، فَإِنَّهُ يَحْفَظُ رُطُوبَتَهُ
وَذَكَاءَ رَائِحَتِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا مَأْكُولُهُ فِي جَوْفِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبْقَى خَارِجَ وَعَائِهِ مِنْ غَيْرِ
ضَرَرٍ^(١١) . وَتَبَقَّى رَائِحَتُهُ ، فَلَمْ يَجْزْ بَيْعُهُ مَسْتَوْرًا ، كَالدُّرِّ فِي الصَّدْفِ . وَأَمَّا

(١٠) والبيهقي ، في : باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم ... ، من كتاب البيوع . المنن
الكبرى ٣٤٠/٥ . وابن أبي شيبة ، في : باب بيع اللبن في الضروع ، من كتاب البيوع . المصنف ٥٣٣/٦ .
(١١) في الأصل : « ضرورة » .

ما مأكوله في جوفه ، فأخراجه يفضي إلى ثلثه . والتفصيل في بيعه مع وعائه ، كالتفصيل في بيع السمن في ظرفه . ومن ذلك البيض في الدجاج ، والنوى في التمر ، لا يجوز بيعهما ؛ للجهل بهما . ولا نعلم في هذا خلافاً نذكره .

فصل : فأما بيع الأعمى وشراؤه ، فإن أمكنه معرفة المبيع ، بالذوق إن كان مطعوماً ، أو بالشَّم إن كان مشموماً ، صحَّ بيعه وشراؤه . وإن لم يمكن ، جاز بيعه ، كالْبَصِير ، وله خيار الخلف في الصفة . وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة .^(٢٠) وأثبت أبو حنيفة^(٢١) له الخيار ، إلى معرفته بالمبيع ، إما بحسه أو ذوقه أو وصفه . وقال عبيد الله بن الحسن : شراؤه جائز ، وإذا أمر إنساناً بالنظر إليه ، لزمه . وقال الشافعي : لا يجوز إلا على الوجه الذي يجوز فيه بيع المجهول ، أو يكون قد رآه بصيراً ، ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير المبيع فيه ؛ لأنه مجهول الصفة عند العاقد ، فلم يصح ، كبيع البيض في الدجاج ، والنوى في التمر . ولنا ، أنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته ، فأشبهه ببيع البصير . ولأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه ، فكذلك شم الأعمى وذوقه ، وأما البيض والنوى ، فلا يمكن الاطلاع عليه ، ولا وصفه ، بخلاف مسألتنا .

٧٦١ - مسألة ؛ / قال : (ويبيع عَسْبُ الفَحْلِ غير جائز) ١٨/٥ ظ

عَسْبُ الفَحْلِ ، ضرابه . وبيعُه أخذ عَوْضِهِ . وتسمى الأجرة عَسْبَ الفَحْلِ مجازاً . وإجارة الفحل للضراب حرام ، ('والعقد فاسد') . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي . وحكى عن مالك جوازه . قال ابن عقيل : ويحتمل عندى الجواز ؛ لأنه عقد على منافع الفحل ونزوه^(٢) ، وهذه منفعة مقصودة ، والماء تابع ، والغالب حصوله عقيب نزوه ، فيكون كالعقد على الظئر ؛ ليحصل اللبن في بطن الصبي .

(٢٠ - ٢١) سقط من : الأصل .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) أى : لقاحه للأنثى .

ولنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ عَسْبِ الْفَحْلِ . رواه البخاري^(٣) . وعن جابرٍ قال : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ ضِرَابِ الْجَمَلِ . رواه مُسْلِمٌ^(٤) . ولأنَّه ممَّا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فَأَشْبَهَ إِجَارَةَ الْآبِقِ . ولأنَّ ذلك مُتَعَلِّقٌ بِاخْتِيَارِ الْفَحْلِ وَشَهْوَتِهِ . ولأنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْمَاءُ ، وَهُوَ ممَّا لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ ، وَهُوَ مَجْهُولٌ . وَإِجَارَةُ الظَّئْرِ خُولِفَ فِيهِ الْأَصْلُ لِمَصْلَحَةِ بَقَاءِ الْآدَمِيِّ ، فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ مَا لَيْسَ مِثْلَهُ . فعلى هذا إذا أُعْطِيَ أَجْرَةُ لِعَسْبٍ^(٥) الْفَحْلِ ، فَهُوَ حَرَامٌ عَلَى الْإِخْذِ^(٦) ، لَمَّا ذَكَرْنَاهُ . وَلَا يَحْرُمُ عَلَى الْمُعْطَى ؛ لِأَنَّهُ بَذَلَ مَالَهُ لِتَحْصِيلِ مُبَاحٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، وَلَا يَمْتَنِعُ هَذَا كَمَا فِي كَسْبِ الْحِجَامِ ، فَإِنَّهُ خَبِثَ ، وَقَدْ أُعْطِيَ النَّبِيُّ ﷺ الَّذِي حَجَمَهُ^(٧) . وكذلك أَجْرَةُ الْكَسْحِ^(٨) . وَالصَّحَابَةُ أَبَاحُوا شِرَاءَ الْمَصَاحِفِ ، وَكَرِهُوا بَيْعَهَا . وَإِنْ أُعْطِيَ صَاحِبُ الْفَحْلِ هَدِيَّةً ، أَوْ أَكْرَمَهُ مِنْ غَيْرِ إِجَارَةٍ ، جَازَ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِمَا رَوَى أَنَسٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا كَانَ إِكْرَامًا فَلَا بَأْسَ » .^(٩) وَلأنَّه سَبَبٌ مُبَاحٌ ، فَجَازَ أَخْذُ الْهَدِيَّةِ عَلَيْهِ ،

(٣) في : باب عسب الفحل ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ١٢٣/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب في عسب الفحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٩/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية عسب الفحل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٤/٥ . والنسائي ، في : باب بيع ضراب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٣/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٤/٢ .

(٤) في : باب تحريم بيع فضل الماء ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ .
كما أخرجه النسائي ، في : باب بيع ضراب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٣/٧ .

(٥) في الأصل ، م : « العسب » .

(٦) في م : « الآخر » .

(٧) أخرجه البخاري ، في : باب ذكر الحجام ، من كتاب البيوع ، وفي : باب خراج الحجام ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ٨٢/٣ ، ٨٣ ، ١٢٢ . ومسلم ، في : باب حل أجرة الحجامة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٥/٣ . وأبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٩/٢ . وابن ماجه ، في : باب كسب الحجام ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣١/٢ .
(٨) الكسح : هو الكنس .

(٩) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية عسب الفحل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٥/٧ . والنسائي ، في : باب بيع ضراب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٣/٧ .

كالحجامة . وقال أحمد ، في رواية ابن القاسم : لا يأخذ . ف قيل له : ألا يكون مثل الحجامة يُعطى ، وإن كان منهياً عنه ؟ فقال : لم يبلغنا أن النبي ﷺ أعطى في مثل هذا شيئاً كما بلغنا في الحجامة . ووجهه أن ما منع أخذ الأجرة عليه منع قبول الهدية ، كمهر البغي ، وحلوان الكاهن . قال القاضي : هذا مقتضى النظر ، لكن ترك مقتضاه في الحجامة ، فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس . والذي ذكرناه أرفق بالناس ، وأوفق للقياس ، وكلام أحمد يحمل على الورع ، لا على التحريم .

٧٦٢ - مسألة ؛ قال : (والتجش منهى عنه . وهو أن يزيد في السلعة ، وليس هو مُشترى لها)

التجش : أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ، ليقترى به المستام ، فيظن أنه لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه ، فيعتر بذلك ، فهذا حرام وخداع . قال البخاري^(١) : التجش آكل رباً خائناً ، وهو خداع باطل لا يحل . وروى ابن عمر ، أن رسول الله ﷺ نهى عن التجش . وروى أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تلقوا الركبان ، ولا بيع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا بيع حاضر لباد » . متفق عليهما^(٢) ، ولأن في ذلك تعريضاً بالمُشترى ، وخديعة

(١) أى نقلاً عن ابن أبي أوفى . انظر التخرج الآتى .

(٢) الأول ، أخرجه البخاري ، في : باب التجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع ، من كتاب البيوع ، وفي : باب ما يكره من التناجش ، من كتاب الحيل . صحيح البخاري ٩١/٣ ، ٣١/٩ . ومسلم ، في : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٦/٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب التجش ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٧/٧ . وابن ماجه ، في : باب ما جاء في النهي عن التجش ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٤/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعه ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٨٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧/٢ ، ٦٣ ، ٣١٩ ، ١٥٦ ، ١٠٨ .

والثاني ، أخرجه البخاري ، في : باب النهي للبائع ألا يحفل بالإبل والبقر ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٢/٣ . ومسلم ، في : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٥/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب من اشترى مصراة فكرها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٢/٢ . =

له ، وقد قال النبي ﷺ : « الْحَدِيثُ فِي النَّارِ »^(٣) فَإِنْ اشْتَرَى مَعَ النَّجْشِ ، فَالشِّرَاءُ صَحِيحٌ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ الشَّافِعِيُّ وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ يَقْتَضِي الْفَسَادَ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّهْيَ عَادَ إِلَى النَّاجِشِ ، لَا إِلَى الْعَاقِدِ ، فَلَمْ يُؤْثَرْ فِي الْبَيْعِ . وَلِأَنَّ النَّهْيَ لِحَقِّ الْآدَمِيِّ ، فَلَمْ يَفْسُدِ الْعَقْدُ ، كَتَلَقَّى الرُّكْبَانِ ، وَبِيعَ الْمَعِيبَ ، وَالْمُدْلَسَ ، وَفَارَقَ مَا كَانَ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْآدَمِيِّ يُمَكِّنُ جَبْرَهُ بِالْخِيَارِ ، أَوْ زِيَادَةَ فِي الثَّمَنِ ، لَكِنْ إِنْ كَانَ فِي الْبَيْعِ غَبْنٌ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِمِثْلِهِ ، فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ ، كَمَا فِي تَلَقَّى الرُّكْبَانِ ، وَإِنْ كَانَ يُتَعَابَنُ بِمِثْلِهِ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ . وَسَوَاءٌ كَانَ النَّجْشُ بِمُوَاطَاةٍ مِنَ الْبَائِعِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بِمُوَاطَاةٍ الْبَائِعِ وَعِلْمِهِ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ . وَاخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا كَانَ بِمُوَاطَاةٍ مِنْهُ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيطَ مِنْهُ ، حَيْثُ اشْتَرَى مَا لَا يَعْرِفُ قِيمَتَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَغْرِيرٌ بِالْعَاقِدِ ، فَإِذَا كَانَ مَغْبُورًا ثَبَتَ لَهُ الْخِيَارُ ، كَمَا فِي تَلَقَّى الرُّكْبَانِ ، وَيَبْطُلُ مَا ذَكَرَهُ بِتَلَقَّى الرُّكْبَانِ .

/ فصل : وَلَوْ قَالَ الْبَائِعُ : أُعْطِيتُ بِهِذِهِ السَّلْعَةُ كَذَا وَكَذَا . فَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي ١٩/٥ ظ
وَاشْتَرَاهَا بِذَلِكَ ، ثُمَّ بَانَ كَاذِبًا . فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ ، وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى النَّجْشِ .

فصل : وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ » . مَعْنَاهُ ، أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إِذَا تَبَايَعَا ، فَجَاءَ آخَرُ إِلَى الْمُشْتَرِي فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، فَقَالَ : أَنَا أَيْعُكَ مِثْلَ

= وَالنِّسَاءُ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنِ الْمَصْرَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمَجْتَبَى ٢٢٢/٧ ، ٢٢٣ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا نَهَى عَنْهُ مِنَ الْمَسَاوِمَةِ وَالْمَبَايَعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمَوْطَأُ ٦٨٣/٢ . الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٩٤/٢ ، ٤٦٥ ، ٥٠١ .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ النَّجْشِ وَمَنْ قَالَ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ الْبَيْعُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩١/٣ .

هذه السلعة بدون هذا الثمن ، أو أبيعك خيراً منها بثمنها ، أو دونه ، أو عرض عليه سلعة رغب فيها المشتري ، ففسخ البيع ، واشترى هذه ، فهذا غير جائز ؛ لإنهى النبي ﷺ عنه ، ولما فيه من الإضرار بالمسلم ، والإفساد عليه . وكذلك إن اشترى على شراء أخيه ، وهو أن يجيء إلى البائع قبل لزوم العقد ، فيدفع في المبيع أكثر من الثمن الذي اشترى به ، فهو مُحَرَّمٌ أيضاً ؛ لأنه في معنى المنهية عنه ، ولأن الشراء يُسمَّى بيعاً ، فيدخل في النهي ، ولأن النبي ﷺ : نهى أن يحطَّبَ على خطبة أخيه^(٣) . وهو في معنى الخاطب . فإن خالف وعقد ، فالبيع باطل ؛ لأنه منهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد . ويحتمل أنه صحيح ؛ لأن المحرم هو عرض سلعته على المشتري ، أو قوله الذي فسخ البيع من أجله ، وذلك سابق على البيع ، ولأنه إذا صحَّ الفسخ الذي حصل به الضرر ، فالبيع المحصل للمصلحة أولى ، ولأن النهي لحق آدمي ، فأشبهه ببيع النجش . وهذا مذهب الشافعي .

فصل : وروى مسلم^(٤) ، عن أبي هريرة ، أن رسول الله ﷺ قال : « لا يسم

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب لا يبيع على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع ، وفي : باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح ، من كتاب الشروط ، وفي : باب لا يحطَّب على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٩١/٣ ، ٢٥٠ ، ٢٤/٧ . ومسلم ، في : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، وباب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح ، وفي : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١٠٢٨/٢ ، ١٠٣٢ ، ١٠٣٤ ، ١١٥٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في كراهية أن يحطَّب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٠/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن لا يحطَّب الرجل على خطبة أخيه ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤٨٠/١ . والنسائي ، في : باب سوم الرجل على سوم أخيه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٦/٧ . وابن ماجه ، في : باب لا يحطَّب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٠/١ . والدارمي ، في : باب النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٣٥/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الخطبة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٥٢٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢٢/٢ ، ١٢٤ ، ١٣٠ ، ١٤٢ ، ١٥٣ ، ٢٣٨ ، ٢٧٤ ، ٣١١ ، ٣١٨ ، ٣٩٤ ، ٤١١ ، ٤٢٧ ، ٤٥٧ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٨٧ ، ٤٨٩ ، ١١٥٥ ، ١١٥٤/٣ ، ١٠٣٤ . ١١/٥ ، ١٤٧/٤ .

(٤) في : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، وباب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح ، وفي : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١٠٢٩/٢ ، ١٠٣٣ ، ١١٥٥ ، ١١٥٤/٣ ، ١٠٣٤ .

الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ ». وَلَا يَخْلُو مِنْ أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدِهَا ، أَنْ يُوجَدَ مِنَ الْبَائِعِ
تَصْرِيحٌ بِالرِّضَا بِالْبَيْعِ ، فَهَذَا يَحْرُمُ السَّوْمُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ الْمُشْتَرِي ، وَهُوَ الَّذِي تَنَاوَلَهُ
النَّهْيُ . الثَّانِي ، أَنْ يَظْهَرَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الرِّضَا فَلَا يَحْرُمُ السَّوْمُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ
ﷺ بَاعَ فِي مَنْ يَزِيدُ ، فَروى أَنَسٌ : أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ شَكَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ
الشَّدَّةَ وَالْجَهْدَ ، فَقَالَ لَهُ : « أَمَا بَقِيَ لَكَ شَيْءٌ ؟ » فَقَالَ : بَلَى ، قَدَحٌ وَحِلْسٌ ^(٥)
/ ، قَالَ : « فَأَتْنِي بِهِمَا » فَأَتَاهُ بِهِمَا ، فَقَالَ : « مَنْ يَتَّعُهُمَا ؟ » فَقَالَ رَجُلٌ :
أَخَذْتُهُمَا بِدِرْهَمٍ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ ؟ مَنْ يَزِيدُ عَلَى
دِرْهَمٍ ؟ » فَأَعْطَاهُ رَجُلٌ دِرْهَمَيْنِ ، فَبَاعَهُمَا مِنْهُ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٦) ، وَقَالَ :
حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَهَذَا أَيْضًا إِجْمَاعُ الْمُسْلِمِينَ ، يَبِيعُونَ فِي أَسْوَاقِهِمْ بِالْمُزَايَدَةِ .
الثَّالِثُ ، أَنْ لَا يُوجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا ^(٧) وَلَا عَلَى ^(٨) عَدَمِهِ ، فَلَا يَحْرُمُ ^(٩)
السَّوْمُ أَيْضًا ، وَلَا الزِّيَادَةُ ؛ اسْتِدْلَالًا بِحَدِيثِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ ، حِينَ ذَكَرَتْ لِلنَّبِيِّ
ﷺ أَنَّ مُعَاوِيَةَ وَأَبَا جَهْمٍ خَطَبَاهَا ، فَأَمَرَهَا أَنْ تَنْكِحَ أُسَامَةَ ^(٩) . وَقَدْ نَهَى عَنْ
الْخِطْبَةِ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ ، كَمَا نَهَى عَنْ سَوْمِ أَخِيهِ ، فَمَا أُبَيِّحَ فِي أَحَدِهِمَا أُبَيِّحَ فِي الْآخَرِ .

= كما أخرجه الترمذی ، فی : باب ما جاء فی النهی عن البیع علی بیع أخیه ، من أبواب البیوع . عارضة
الأحوذی ٢٩٣/٥ . وابن ماجه ، فی : باب لا یبیع الرجل علی بیع أخیه ... ، من کتاب التجارات . سنن
ابن ماجه ٧٣٤/٢ . والإمام أحمد ، فی : المسند ٣٩٤/٢ ، ٤١١ ، ٤٢٧ ، ٤٥٧ ، ٤٦٣ ، ٤٨٧ ، ٤٨٩ ،
٥٠٨ ، ٥١٢ ، ٥١٦ ، ٥٢٩ .

(٥) الحلس : کل شیء ولی ظهر البعیر والدابة تحت الرحل والقتب والسرّج والبرذعة .

(٦) فی : باب ما جاء فی بیع من یزید ، من أبواب البیوع . عارضة الأحوال ٢٢٤/٥ .
كما أخرجه أبو داود ، فی : باب ما یجوز فیہ المسألة ، من کتاب الزکاة . سنن أبی داود ٣٨١/١ . والنسائی ،
فی : باب البیع فی من یزید ، من کتاب البیوع . المجتبى ٢٢٧/٧ . وابن ماجه ، فی : باب بیع المزیادة ، من
کتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٠/٢ .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) فی ١ ، م : « یجوز له » .

(٩) أخرجه مسلم ، فی : باب المطلقة ثلاثا لاسکنی لها ، من کتاب الطلاق . صحیح مسلم ١١١٤/٢ - ١١١٦ .
وأبو داود ، فی : باب نفقة المبتوتة ، من کتاب الطلاق . سنن أبی داود ٥٣٢/١ . والترمذی ، فی : باب =

الرابع ، أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح ، فقال القاضي : لا تحرم المساومة . وذكر أن أحمد نص عليه في الخطبة ، استدلالاً بحديث فاطمة . ولأن الأصل إباحة السوم والخطبة ، فحرم منه ^(١) ما وجد فيه التصريح بالرضا ، وما عداه يبقى على الأصل . ولو قيل بالتحريم ههنا ، لكان وجهها حسناً ، فإن النهي عام خرجت منه الصور المخصوصة بإدلتها ، فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم . ولأنه وجد منه دليل الرضا ، أشبه ما لو صرح به ، ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة ، وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا ؛ لأنها جاءت مستشيرة للنبي ﷺ ، وليس ذلك دليلاً على الرضا ، فكيف ترضى وقد نهاها النبي ﷺ بقوله : « لا تقوتينا بنفسك » . فلم تكن تفعل شيئاً قبل مراجعة النبي ﷺ . والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه ، في الموضع الذي حكمنا بالتحريم فيه .

فصل : بيع التلجئة باطل . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : هو صحيح ؛ لأن البيع تم بأركانها وشروطه ، خالياً عن مقارنة مفسد ، فصح ، كما لو اتفقا على شرط فاسد ، / ثم عقدا البيع بغير شرط . ولنا ، أنهما ما قصدا البيع ، فلم يصح منهما كالهازلين ، ومعنى بيع التلجئة ، أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه ، فيؤايطي رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه ، ليحتمي بذلك ، ولا يريدان بيعاً حقيقياً .

٢٠/٥ ظ

٧٦٣ - مسألة ؛ قال : (فإن باع حاضر لباد ، فالبيع باطل)

وهو أن يخرج الحضري إلى البادي ، وقد جلب السلعة ، فعرّفه السعر ، ويقول : أنا أبيع لك . فنهي النبي ﷺ عن ذلك ، فقال : « دعوا الناس يرزقوا »

= ما جاء أن لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٧٣/٥ . والنسائي ، في : باب إذا استشارت المرأة رجلاً في من يخطبها هل يخبرها بما يعلم ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦٢/٦ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في نفقة المطلقة ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٨١/٢ .

(١٠) في ١ ، م : « منع » .

اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ»^(١) . وَالْبَادِي هَهُنَا ، مَنْ يَدْخُلُ الْبَلَدَ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا ، سَوَاءٌ كَانَ بَدَوِيًّا ، أَوْ مِنْ قَرْيَةٍ ، أَوْ بَلَدَةٍ أُخْرَى . نَهَى النَّبِيُّ ﷺ الْحَاضِرَ أَنْ يَبِيعَ لَهُ ، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : نَهَى النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تُتَلَقَّى الرُّكْبَانُ ، وَأَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ ، قَالَ : فَقُلْتُ لَابْنِ عَبَّاسٍ : مَا قَوْلُهُ « حَاضِرٌ لِبَادٍ » ؟ قَالَ : لَا يَكُونُ لَهُ سِمَسَارًا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) ، وَعَنْ جَابِرٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ ، دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ . وَرَوَى^(٣) ابْنُ عُمَرَ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ ، وَأَنْسٌ . وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ ، أَنَّهُ مَتَى تَرَكَ الْبَدَوِيُّ يَبِيعُ سِلْعَتَهُ ، اشْتَرَاهَا النَّاسُ بِرُخْصٍ ، وَيُوسِّعُ عَلَيْهِمُ السَّعْرَ ، فَإِذَا تَوَلَّى الْحَاضِرُ يَبِيعُهَا ، وَامْتَنَعَ مِنْ يَبِيعَهَا ، إِلَّا بِسِعْرِ الْبَلَدِ ، ضَاقَ عَلَى أَهْلِ الْبَلَدِ . وَقَدْ أَشَارَ النَّبِيُّ ﷺ فِي تَعْلِيلِهِ إِلَى هَذَا الْمَعْنَى . وَمِمَّنْ كَرِهَ يَبِيعَ الْحَاضِرُ لِلْبَادِي طَلْحَةَ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ ، وَأَنْسٌ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَمَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَنَقَلَ أَبُو إِسْحَاقَ ابْنُ شَاقِلَا فِي جُمْلَةِ سَمَاعَاتِهِ ، أَنَّ الْحَسَنَ بْنَ عَلِيٍّ الْمِصْرِيَّ ، سَأَلَ أَحْمَدَ عَنْ يَبِيعَ حَاضِرٍ لِبَادٍ ، فَقَالَ : لَا بَأْسَ بِهِ . فَقَالَ لَهُ : فَالْخَبْرُ الَّذِي جَاءَ بِالنَّهْيِ ؟ قَالَ : كَانَ

(١) أخرجه مسلم ، في : باب تحريم بيع الحاضر للبادي ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٧/٣ . وأبو داود ، في : باب في النهي أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٢/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء لا يبيع حاضر لباد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣١/٥ . والنسائي ، في : باب يبيع الحاضر للبادي ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٥/٧ . وابن ماجه ، في : باب النهي أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٧/٣ ، ٣١٢ ، ٣٨٦ ، ٣٩٢ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر ... ، وباب النهي عن تلقى الركبان ... ، من كتاب البيوع ، وفي : باب أجر السمسرة ... ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ٩٤/٣ ، ٩٥ ، ١٢٠ . ومسلم في : باب تحريم بيع الحاضر للبادي ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في النهي أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤١/٢ . والنسائي ، في : باب التلقي ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٥/٧ ، ٢٢٦ . وابن ماجه ، في : باب النهي أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب التجارات ، سنن ابن ماجه ٦٣٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٨/١ ، ٢٤٣ ، ٢٥٤ ، ٢٧٤ .

(٣) سقط من : م . وما في الأصل يعني : وروى مثله ابن عمر ...

ذلك مرة . فظاهر هذا صحة البيع ، وأن النهي اختص بأول الإسلام ؛ لما كان عليهم من الضيق في ذلك . وهذا قول مجاهد ، وأبي حنيفة ، وأصحابه . والمذهب الأول ؛ لعموم النهي ، وما يثبت في حقهم يثبت في حقنا ، ما لم يقم على اختصاصهم / به دليل . وظاهر كلام الخرقى أنه يحرم بثلاثة شروط ؛ أحدها ، أن يكون الحاضر قصد البادى ؛ ليتولى البيع له . والثاني ، أن يكون البادى جاهلاً بالسعر ؛ لقوله : « فيعرفه السعر » ، ولا يكون التعريف ، إلا لجاهل ، وقد قال أحمد ، في رواية أبي طالب : إذا كان البادى عارفاً بالسعر ، لم يحرم . والثالث ، أن يكون قد جلب السلعة للبيع ؛ لقوله : « وقد جلب السلعة » . والجالب هو الذى يأتي بالسلعة ليبيعه . وذكر القاضى شرطين آخرين ؛ أحدهما ، أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها . والثانى ، أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه ، وضيق في تأخير بيعه . وقال أصحاب الشافعى : إنما يحرم بشروط أربعة ؛ وهى ما ذكرنا إلا حاجة الناس إلى متاعه ، فمتى اختل منها شرط ، لم يحرم البيع ، وإن اجتمعت هذه الشروط ، فالبيع حرام ، وقد صرح الخرقى ببطلانه . ونص عليه أحمد ، في رواية إسماعيل ابن سعيد ، قال : سألت أحمد عن الرجل الحضري يبيع للبدوى ؟ فقال : أكره ذلك ، وأردد البيع في ذلك . وعن أحمد رواية أخرى ، أن البيع صحيح . وهو مذهب الشافعى ؛ لكون النهي لمعنى في غير المنهى عنه . ولنا ، أنه منهى عنه ، والنهي يقتضى فساد المنهى عنه .

فصل : فأمّا الشراء لهم ، فيصح عند أحمد ، وهو قول الحسن . وكرهت طائفة الشراء لهم ، كما كرهت البيع . يروى عن أنس قال ، كان يقال : هى كلمة جامعة ، يقول : لا تبيعن له شيئاً ، ولا تبتاعن له شيئاً^(٤) . وعن مالك في ذلك روايتان ؛ ووجه القول الأول ، أن النهي غير متناول للشراء بلفظه ، ولا هو في معناه ، فإن

(٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في النهي أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٤٢ .

النَّهْيَ عَنِ الْبَيْعِ لِلرَّفَقِ بِأَهْلِ الْحَضَرِ ، لِيَتَسِعَ عَلَيْهِمُ السَّعْرُ ، وَيُزُولَ عَنْهُمْ الضَّرَرُ ،
وليس ذلك في الشَّرَاءِ لَهُمْ ، إِذْ لَا يَتَضَرَّرُونَ ، لِعَدَمِ الْعَيْنِ لِلْبَادِيْنَ ، بَلْ هُوَ دَفْعُ الضَّرَرِ
عَنْهُمْ ، وَالْخُلُقُ فِي نَظَرِ الشَّارِعِ عَلَى السَّوَاءِ ، فَكَمَا شَرَعَ مَا يَدْفَعُ الضَّرَرَ عَنْ أَهْلِ
الْحَضَرِ ، لَا يُلْزَمُ أَنْ يُلْزَمَ أَهْلُ الْبَدْوِ الضَّرَرَ . وَأَمَّا إِنْ أَشَارَ الْحَاضِرُ عَلَى الْبَادِي مِنْ
غَيْرِ أَنْ يُبَايِعَ الْبَيْعَ لَهُ / ، فَقَدْ رَخَّصَ فِيهِ طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ
الْمُنْذِرِ ، وَكَرِهَهُ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَقَوْلُ الصَّحَابِيِّ حُجَّةٌ ، مَا لَمْ يَثْبُتْ خِلَافُهُ .

٢١/٥ ظ

فصل : قال ابنُ حامِدٍ : ليس للإمام أن يُسَعِّرَ عَلَى النَّاسِ ، بَلْ يَبِيعُ النَّاسُ أَمْوَالَهُمْ
عَلَى مَا يَخْتَارُونَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَكَانَ مَالِكٌ يَقُولُ : يُقَالُ لِمَنْ يُرِيدُ أَنْ
يَبِيعَ أَقْلَ مِمَّا يَبِيعُ النَّاسُ بِهِ : بَيْعٌ كَمَا يَبِيعُ النَّاسُ ، وَإِلَّا فَاخْرُجْ عَنَّا . وَاحْتَجَّ لَهُ بِمَا رَوَى
الشَّافِعِيُّ ، وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ صَالِحٍ التَّمَّارِ ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ،
عَنْ عُمَرَ ، أَنَّهُ مَرَّ بِحَاطِبٍ^(٥) فِي سُوقِ الْمُصَلَّى ، وَبَيْنَ يَدَيْهِ غَرَارَتَانِ فِيهِمَا زَبِيبٌ ،
فَسَأَلَهُ عَنْ سِعْرِهِمَا ، فَسَعَّرَ لَهُ مُدَّيْنِ بِكُلِّ دِرْهَمٍ ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ : قَدْ حَدَّثْتُ بِغَيْرِ
مُقْبَلَةٍ مِنَ الطَّائِفِ تَحْمِيلُ زَبِيبًا ، وَهُمْ يَعْتَبِرُونَ بِسِعْرِكَ ، فَأَمَّا أَنْ تَرْفَعَ فِي السَّعْرِ ،
وَأَمَّا أَنْ تُدْخِلَ زَبِيبَكَ فَتَبِيعَهُ كَيْفَ شِئْتَ^(٦) . وَلَأنَّ فِي ذَلِكَ إِضْرَارًا بِالنَّاسِ إِذَا زَادَ
تَبِيعُهُ أَصْحَابُ الْمَتَاعِ ، وَإِذَا نَقَصَ أَضَرَّ بِأَصْحَابِ الْمَتَاعِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ،
وَالْتِّرَمِذِيُّ ، وَابْنُ مَاجَهَ ، عَنْ أَنَسٍ قَالَ : غَلَا السَّعْرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالُوا :
يَا رَسُولَ اللَّهِ ، غَلَا السَّعْرُ ، فَسَعَّرْنَا . فَقَالَ : « إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ
الرَّازِقُ ، إِنِّي لَا أَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ تَعَالَى وَلَيْسَ أَحَدٌ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ ، فِي

(٥) هُوَ حَاطِبُ ابْنِ أَبِي بَلْتَعَةَ صَحَابِي جَلِيلٌ ، شَهِدَ بَدْرًا ، وَهُوَ صَاحِبُ الْقِصَّةِ الْمَشْهُورَةِ بِكِتَابِهِ إِلَى الْمُشْرِكِينَ
لَمَّا أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَغْزُو مَكَّةَ ، وَبَعَثَهُ النَّبِيُّ ﷺ إِلَى الْمُقَوْقِسِ . تَوَفَّى سَنَةَ ثَلَاثِينَ فِي خِلَافَةِ عَثْمَانَ . الْإِصَابَةُ
٤/٢ - ٦ .

(٦) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، مُخْتَصَرًا ، فِي : بَابِ الْحِكْمَةِ وَالتَّرَبُّصِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمُوطَأُ ٦٥١/٢ .
وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ التَّسْعِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٩/٦ .

دَمٍ ، وَلَا مَالٍ »^(٧) . قال الترمذی : هذا حديث حسن صحيح ، وعن أبي سعيد مثله^(٨) . فوجه الدلالة من وجهين ؛ أحدهما ، أنه لم يُسعر ، وقد سألوه ذلك ، ولو جاز لأجابهم إليه . الثاني ، أنه علل بكونه مظلمة ، والظلم حرام ، ولأنه ماله ، فلم يَجْزَ منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان ، كما اتفق الجماعة عليه . قال بعض أصحابنا : التسعير سبب الغلاء ، لأن الجالين إذا بلغهم ذلك ، لم يقدموا بسلعهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ، ويكتمها ، ويطلبها أهل الحاجة إليها ، فلا يجدونها إلا قليلاً ، فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها ، فتغلوا الأسعار ، ويحصل الإضرار بالجانبين ، جانب الملاك / في منعهم من بيع أملاكهم ، وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه ، فيكون حراماً . فأما حديث عمر ، فقد روى فيه سعيد ، والشافعي ، أن عمر لما رجع حاسب نفسه ، ثم أتى حاطباً في داره ، فقال : إن الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء ، وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع كيف شئت . وهذا رجوع إلى ما قلنا . وما ذكروه من الضرر موجود فيما إذا^(٩) باع في بيته ، ولا يمتنع منه .

٢٢/٥ و

٧٦٤ - مسألة ؛ قال : (ونهى عن تلقى الركبان)

فإن تلقوا ، واشترى منهم ، فهم بالخيار إذا دخلوا السوق ، وعرفوا أنهم^(١) قد غبنوا إن أحبوا أن يفسخوا البيع ففسخوا . روى أنهم كانوا يتلقون الأجلاب ،

(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب في التسعير ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٤٤ . والترمذی ، في : باب ما جاء في التسعير ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦/٥٣ . وابن ماجه ، في : باب من كره أن يسعر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤١ ، ٧٤٢ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب في النهي عن أن يسعر في المسلمين ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٤٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/١٥٦ ، ٢٨٦ .

(٨) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من كره أن يسعر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٨٥ .

(٩) سقط من : م .

(١) في م : « عليهم » .

فَيَشْتَرُونَ مِنْهُمْ الْأُمْتَعَةَ قَبْلَ أَنْ تَهْبِطَ الْأَسْوَاقُ ، فَرَبَّمَا غَبْنُوهُمْ غَبْنًا بَيِّنًا ،
فَيَضْرِبُونَهُمْ ، وَرَبَّمَا أَضْرَبُوا بِأَهْلِ الْبَلَدِ ؛ لِأَنَّ الرُّكْبَانَ إِذَا وَصَلُوا بَاعُوا أُمْتَعَتَهُمْ ،
وَالَّذِينَ يَتَلَقَّوْنَهُمْ لَا يَبِيعُونَهَا سَرِيعًا ، وَيَتَرَبَّصُونَ بِهَا السَّعْرَ ، فَهُوَ فِي مَعْنَى بَيْعِ
الْحَاضِرِ لِلْبَادِي ، فَنَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ . وَرَوَى طَاوُسٌ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ
عَبَّاسٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا تَلَقَّوْا الرُّكْبَانَ ، وَلَا يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ » .
وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ مِثْلُهُ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا ^(٢) ، وَكَرِهَهُ أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ عُمَرُ بْنُ
عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَمَالِكٌ ، وَاللِّثْ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَحُكِيَ
عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَمْ يَرِ بِذَلِكَ بَأْسًا . وَسُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَحَقُّ أَنْ تُتَّبَعَ . فَإِنْ
خَالَفَ ، وَتَلَقَّى الرُّكْبَانَ ، وَاشْتَرَى مِنْهُمْ ، فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ . وَقَالَ
ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ . وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ لِظَاهِرِ النَّهْيِ .
وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا تَلَقَّوْا الْجَلَبَ ،
فَمَنْ تَلَقَّاهُ ، وَاشْتَرَى مِنْهُ ، فَإِذَا أَتَى السُّوقَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٣) ،
وَالْخِيَارُ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي عَقْدٍ صَحِيحٍ ، وَلِأَنَّ النَّهْيَ لَا لِمَعْنَى فِي الْبَيْعِ ، بَلْ يَعُودُ
إِلَى ضَرْبٍ مِنَ الْحَدِيثَةِ يُمَكِّنُ اسْتِدْرَاكَهَا بِإِثْبَاتِ الْخِيَارِ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَ الْمُصَرَّاةِ ،
وَفَارَقَ بَيْعَ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي ، فَإِنَّهُ لَا يُمْكِنُ اسْتِدْرَاكُهُ بِالْخِيَارِ ، إِذْ لَيْسَ الضَّرَرُ
عَلَيْهِ ، إِنَّمَا هُوَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ . فَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ قَدْ
/ غَبِنَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا خِيَارَ لَهُ . وَقَدْ رَوَيْنَا قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ
فِي هَذَا ، وَلَا قَوْلَ لَأَحَدٍ مَعْ قَوْلِهِ . وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ إِلَّا مَعَ الْغَبْنِ ؛

٢٢/٥ ظ

(٢) حديث ابن عباس ، وحديث أبي هريرة ، تقدم تخريجهما في صفحة ٣٠٩ .

(٣) في : باب تحريم تلقي الجلب ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في التلقي ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤١/٢ . والترمذي ، في :
باب ما جاء في كراهية تلقي البيوع ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٢٩/٥ . والنسائي ، في : باب
التلقي ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٦/٧ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن تلقي الجلب ، من كتاب =

لأنه إنما ثبت لأجل الحديعة ودفع الضرر ، ولا ضرر مع عدم الغبن . وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، ويحمل إطلاق الحديث في إثبات الخيار على هذا ؛ لعلمنا بمعناه ومُراده ؛ لأنه معنى يتعلّق الخيار بمثله ، ولأن النبي ﷺ جعل له الخيار إذا أتى السوق ، فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن في السوق ، ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع . ولم يُقدّر الخرقى الغبن المثبت للخيار ، وينبغي أن يتقيّد بما يخرج عن العادة ؛ لأن ما دون ذلك لا ينضبط . وقال أصحاب مالك : إنما نُهي عن تلقى الركبان لما يفوت به من الرقيق بأهل^(٤) السوق ، إقلا يُقطع عنهم ما له جلّسوا من ابتغاء فضل الله تعالى . قال ابن القاسم : فإن تلقاها مُتلق ، فاشترها ، عرضت على أهل السوق ، فيشتريكون فيها . وقال الليث بن سعد : تباع في السوق . وهذا مخالف لمذلول الحديث ؛ فإن النبي ﷺ جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق ، ولم يجعلوا له خياراً ، وجعل النبي ﷺ الخيار له يدل على أن النهي عن تلقى الركبان لحقه ، لا لحق غيره . ولأن الجالس في السوق كالمُتلقى ، في أن كل واحد منهما مُبتغٍ لفضل الله تعالى ، فلا يليق بالحكمة فسخّ عقد أحدهما ، وإلحاق الضرر به ، دفعاً للضرر عن مثله ، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المُتلقى^(٥) ، ولا يُمكن اشتراك أهل السوق كلّهم في سلعته ، فلا يعرج على مثل هذا . والله أعلم .

فصل : فإن تلقى الركبان ، فباعهم شيئاً ، فهو بمنزلة الشراء منهم ، ولهم الخيار إذا غبنهم غبنًا يخرج عن العادة . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وقالوا في الآخر : النهي عن الشراء دون البيع ، فلا يدخل البيع فيه . وهذا مقتضى قول

= التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٥/٢ . والدارمي ، في : باب النهي عن تلقى البيوع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي . ٢٥٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٨٨/٢ .

(٤) في م : « لأهل » .

(٥) في م : « المتلقى » .

أَصْحَابِ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُمْ عَلَّلُوا ذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَا عَنْهُمْ ، وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ لَهُمْ .
وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تَلْقُوا / الرُّكْبَانَ » . وَالْبَائِعُ دَاخِلٌ فِي هَذَا . وَلِأَنَّ النَّهْيَ
عَنْهُ لَمَّا فِيهِ مِنْ خَدِيعَتِهِمْ وَعَيْنِهِمْ ، وَهَذَا فِي الْبَيْعِ كَهُوَ فِي الشِّرَاءِ ، وَالْحَدِيثُ قَدْ
جَاءَ مُطْلَقًا ، وَلَوْ كَانَ مُخْتَصًّا بِالشِّرَاءِ لَأُلْحِقَ بِهِ مَا فِي مَعْنَاهُ ، وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ .

فصل : فَإِنْ خَرَجَ لَغَيْرِ قَصْدِ التَّلْقَى ، فَلَقِيَ رَكْبًا ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ لَهُ
الِابْتِغَاءُ مِنْهُمْ ، وَلَا الشِّرَاءُ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
لَا يَحْرُمَ عَلَيْهِ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ اللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛
لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ التَّلْقَى ، فَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ النَّهْيُ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ إِنَّمَا نَهَى عَنِ التَّلْقَى
دَفْعًا لِلْخَدِيعَةِ وَالْعَيْنِ عَنْهُمْ ، وَهَذَا مُتَحَقِّقٌ ، سِوَاءَ قَصْدِ التَّلْقَى ، أَوْ لَمْ يَقْصِدْهُ ،
فَوَجَبَ الْمَنْعُ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ قَصَدَ .

فصل : وَإِنْ تَلَقَّى الْجَلَبَ فِي أَعْلَى السُّوقِ^(٦) ، فَلَا بَأْسَ ، فَإِنَّ ابْنَ عُمَرَ رَوَى
أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى أَنْ تُتَلْقَى السَّلْعُ حَتَّى يُهْبَطَ بِهَا^(٧) إِلَى السُّوقِ^(٨) . رَوَاهُ
الْبُخَارِيُّ^(٩) . وَلِأَنَّهُ إِذَا صَارَ فِي السُّوقِ ، فَقَدْ صَارَ فِي مَحَلِّ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، فَلَمْ
يَدْخُلْ فِي النَّهْيِ ، كَالَّذِي وَصَلَ إِلَى وَسْطِهَا .

فصل : وَالِاخْتِكَارُ حَرَامٌ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنِ الْأَثَرِ ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ ، قَالَ : نَهَى
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُحْتَكَرَ الطَّعَامُ^(٩) . وَرَوَى أَيْضًا ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ

(٦) فِي م : « الْأَسْوَاقِ » .

(٧ - ٧) فِي م : « الْأَسْوَاقِ » .

(٨) فِي : بَابُ النَّهْيِ عَنْ تَلْقَى الرُّكْبَانَ ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩٥/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ تَلْقَى الْجَلَبِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٥٦/٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ،

فِي : بَابِ فِي التَّلْقَى ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٤١ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي بَابِ لَا يَبِيعُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ ،

مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ٢/٢٥٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٧/٢ ، ٢٢ ، ٦٣ ، ٩١ .

(٩) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْاِحْتِكَارِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٦/٣٠ . وَالْحَاكِمُ ، =

المُسَيَّب ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنِ اخْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِيٌّ » ^(١٠) . وَرَوَى أَنَّ
عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَرَجَ مَعَ أَصْحَابِهِ ، فَرَأَى طَعَامًا كَثِيرًا قَدْ أُلْقِيَ
عَلَى بَابِ مَكَّةَ ، فَقَالَ : مَا هَذَا الطَّعَامُ ؟ فَقَالُوا : جُلِبَ إِلَيْنَا . فَقَالَ : بَارَكَ اللَّهُ فِيهِ ،
وَفِي مَنْ جَلَبَهُ . فَقِيلَ لَهُ : فَإِنَّهُ قَدْ اخْتَكِرَ . قَالَ : وَمَنْ اخْتَكَرَهُ ؟ قَالُوا : فُلَانٌ مَوْلَى
عُثْمَانَ ، وَفُلَانٌ مَوْلَاكَ . فَأَرْسَلَ إِلَيْهِمَا ، فَقَالَ : مَا حَمَلَكُمَا عَلَى اخْتِكَارِ طَعَامِ
المُسْلِمِينَ ؟ قَالَا : نَشْتَرِي بِأَمْوَالِنَا وَنَبِيعُ . قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ :
« مَنِ اخْتَكَرَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ طَعَامَهُمْ ، لَمْ يَمُتْ حَتَّى يَضْرِبَهُ اللَّهُ بِالْجُدَامِ أَوْ
الْإِفْلَاسِ » ^(١١) . قَالَ الرَّاوي : فَأَمَّا مَوْلَى عُثْمَانَ فَبَاعَهُ ، وَقَالَ : وَاللَّهِ لَا اخْتِكَارَ
أَبَدًا . وَأَمَّا مَوْلَى عُمَرَ فَلَمْ يَبِعْهُ ، فَرَأَيْتُهُ مَجْدُومًا . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ :
« الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ وَالْمُخْتَكِرُ مَلْعُونٌ » ^(١٢) .

فصل : والاختيكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط ؛ أحدها ، أن يشتري ،
فلو جلب شيئًا ، أو أدخل من غلبته شيئًا ، فادَّخَرَهُ ، لم يكن مُخْتَكِرًا . رَوَى
[عَنْ] ^(١٣) الْحَسَنِ وَمَالِكٍ . وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ : الْجَالِبُ لَيْسَ بِمُخْتَكِرٍ ؛ لِقَوْلِهِ :

ظ ٢٣/٥

= في : باب لا يختكر إلا خاطيٌّ ، من كتاب البيوع . مستدرک الحاكم ١١/٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب
في اختكار الطعام ، من كتاب البيوع . المصنف ١٠٢/٦ .

(١٠) أخرجه مسلم ، في : باب تحريم الاختكار في الأقوات ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٧/٣ ،
١٢٢٨ . وأبو داود ، في : باب في النهي عن الحكرة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٣/٢ . والترمذي ،
في : باب ما جاء في الاختكار ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٠/٥ . وابن ماجه ، في : باب الحكرة
والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٨/٢ . والدارمي ، في : باب في النهي عن الاختكار ، من
كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٤٨/٢ ، ٢٤٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٥٣/٣ ، ٤٥٤ ، ٤٥٥/٦ .
(١١) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الحكرة والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٩/٢ . والإمام
أحمد ، في : المسند ٢١/١ .

(١٢) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الحكرة والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٨/٢ . والدارمي .
في : باب في النهي عن الاختكار ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٤٩/٢ . والبيهقي ، في : باب ما جاء
في الاختكار ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٠/٦ .

(١٣) تكملة يقتضيها المعنى .

« الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ ، وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ » ^(١٤) . وَلَأَنَّ الْجَالِبَ لَا يُضَيِّقُ عَلَى أَحَدٍ ، وَلَا يَضُرُّ بِهِ ، بَلْ يَنْفَعُ ، فَإِنَّ النَّاسَ إِذَا عَلِمُوا عِنْدَهُ طَعَامًا مُعَدًّا لِلْبَيْعِ ، كَانَ ذَلِكَ أَطْيَبَ لِقُلُوبِهِمْ مِنْ عَدَمِهِ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرَى قُوَّتًا . فَأَمَّا الْإِدَامُ ، وَالْحَلَوَاءُ ، وَالْعَسَلُ ، وَالزَّيْتُ ، وَأَعْلَافُ الْبَهَائِمِ ، فَلَيْسَ فِيهَا اخْتِكَارٌ مُحَرَّمٌ . قَالَ الْأَثَرُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ ، عَنْ أَى شَيْءٍ اخْتِكَارٌ ؟ قَالَ : إِذَا كَانَ مِنْ قُوَّةِ النَّاسِ فَهُوَ الَّذِي يُكْرَهُ . وَهَذَا قَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو . وَكَانَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ - وَهُوَ رَاوَى حَدِيثَ اخْتِكَارِ - يَحْتَكِرُ الزَّيْتَ . قَالَ أَبُو دَاوُدَ : كَانَ يَحْتَكِرُ النَّوَى ، وَالْحَيْطَ ، وَالْبَزَرَ ^(١٥) . وَلَأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مِمَّا لَا تَعْمُ الْحَاجَةُ إِلَيْهَا ، فَأُشْبِهَتْ الثِّيَابَ ، وَالْحَيَوَانَاتِ . الثَّالِثُ ، أَنْ يُضَيِّقَ عَلَى النَّاسِ بِشِرَائِهِ . وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِأَمْرَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ فِي بَلَدٍ يُضَيِّقُ بِأَهْلِهِ الْاِخْتِكَارُ ، كَالْحَرَمَيْنِ ، وَالتَّغُورِ . قَالَ أَحْمَدُ : الْاِخْتِكَارُ فِي مِثْلِ مَكَّةَ ، وَالْمَدِينَةِ ، وَالتَّغُورِ . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّ الْبِلَادَ الْوَاسِعَةَ الْكَثِيرَةَ الْمَرَافِقِ وَالْجَلَبِ ، كَبَعْدَادَ ، وَالْبَصْرَةَ ، وَمِصْرَ ، لَا يَحْرُمُ فِيهَا الْاِخْتِكَارُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُؤْثِرُ فِيهَا غَالِبًا . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ فِي حَالِ الضِّيقِ ، بَأَنْ يَدْخُلَ الْبَلَدَ قَافِلَةٌ فَيَتَبَادَرُ ذَوُو الْأَمْوَالِ فَيَشْتَرُونَهَا ، وَيُضَيِّقُونَ عَلَى النَّاسِ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَاهُ فِي حَالِ الْاِتِّسَاعِ وَالرُّخْصِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يُضَيِّقُ عَلَى أَحَدٍ ، فَلَيْسَ بِمُحَرَّمٍ .

٧٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَيَبِيعُ الْعَصِيرَ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا بَاطِلٌ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ؛ أَنَّ بَيْعَ الْعَصِيرِ لِمَنْ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا مُحَرَّمٌ . وَكَرِهَهُ الشَّافِعِيُّ ، وَذَكَرَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ أَنَّ الْبَائِعَ إِذَا اعْتَقَدَ أَنَّهُ يَعَصِرُهَا خَمْرًا ، فَهُوَ مُحَرَّمٌ ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ إِذَا شَكَّ فِيهِ . وَحَكَى ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنِ الْحَسَنِ وَعَطَاءٍ وَالثَّوْرِيِّ ؛ أَنَّهُ

(١٤) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة .

(١٥) البزور : كل حب يبذر للنبات ، جمعه بزور . القاموس .

لا بَأْسَ بِبَيْعِ التَّمْرِ مِمَّنْ^(١) يَتَّخِذُهُ مُسْكِرًا . قال الثَّوْرِيُّ : بيع الحلال مِمَّنْ شِئَتْ .
 / واحتجَّ لهم بقول الله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٢) . ولأنَّ البَيْعَ تَمَّ بِأَرْكَانِهِ
 وشُرُوطِهِ . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾^(٣) .
 وهذا نَهْيٌ يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ . ورَوَى عن النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ لَعَنَ فِي الْحَمْرِ عَشْرَةً .
 فرَوَى ابنُ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَنَاهُ جَبْرِيلُ ، فقال : يَا مُحَمَّدُ ، إِنَّ اللَّهَ لَعَنَ الْحَمْرَ ،
 وعاصِرَها ، ومُعْتَصِرَها ، وحامِلَها ، والمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ ، وشارِبَها ، وبائِعَها ،
 ومُبتاعَها ، وساقِها . وأشار إلى كُلِّ مُعاوِنٍ عليها ، ومُساعدٍ فيها . أخرجَ هذا
 الحديثَ التِّرْمِذِيُّ^(٤) ، من حَدِيثِ أَنَسٍ ، وقال : قد رَوَى هذا الحديثُ عن ابنِ
 عَبَّاسٍ^(٥) ، وابنِ عمر^(٦) ، عن النَّبِيِّ ﷺ . ورَوَى ابنُ بَطَّةٍ في تَحْرِيمِ النَّبِيذِ ،
 بإسنادِهِ ، عن مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ ، أَنَّ قِيَمًا كَانَ لِسَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ فِي أَرْضٍ لَهُ ،
 فَأَخْبَرَهُ عَنْ عَنَبٍ أَنَّهُ لَا يَصْلُحُ زَبِييًا ، وَلَا يَصْلُحُ أَنْ يُبَاعَ إِلَّا لِمَنْ يَعْصِرُهُ ، فَأَمَرَ بِقَلْعِهِ ،
 وقال : بِئْسَ الشَّيْخُ أَنَا إِنْ بَعْتُ الْحَمْرَ^(٧) . ولأنَّهُ يَعْقِدُ عَلَيْهَا لِمَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يُرِيدُهَا
 لِلْمَعْصِيَةِ ، فَأَشْبَهَ إِجَارَةَ أَمَتِهِ لِمَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَسْتَأْجِرُهَا لِيَزْنِيَ بِهَا . والآيَةُ مَخْصُوصَةٌ

(١) في م : « لمن » .

(٢) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٣) سورة المائدة ٢ .

(٤) في : باب النهي أن يتخذ الخمر خلا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٩٥/٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب لعنت الخمر على عشرة أوجه ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ١١٢٢/٢ .

(٥) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣١٦/١ .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في العنب يعصر للخمر ، من كتاب الأشربة . سنن أبي داود ٢٩٢/٢ .

وابن ماجه ، في : باب لعنت الخمر على عشرة أوجه ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ١١٢١/٢ ، ١١٢٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥/٢ ، ٧١ ، ٩٧ .

(٧) أخرجه النسائي ، في : باب الكراهية في بيع العصور ، من كتاب الأشربة . المجتبى ٢٩٤/٨ . وعبد الرزاق ،

في : باب العصور شربه وبيعه ، من كتاب الأشربة . مصنف عبد الرزاق ٢١٨/٩ . وابن أبي شيبة ، في : باب

في بيع العصور ، من كتاب البيوع والأفضية . مصنف ابن أبي شيبة ٥٩٨/٦ .

بصُورٍ كَثِيرَةٍ ، فَيُحْصَى مِنْهَا مَحَلُّ النِّزَاعِ بِدَلِيلِنَا . وَقَوْلُهُمْ : ثُمَّ الْبَيْعُ بِشُرُوطِهِ ^(٨) وَأَرْكَانِهِ . قُلْنَا : لَكِنْ وَجَدَ الْمَانِعُ مِنْهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّمَا يَحْرُمُ الْبَيْعُ وَيَبْطُلُ ، إِذَا عَلِمَ الْبَائِعُ قَصْدَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ ، إِمَّا بِقَوْلِهِ ، وَإِمَّا بِقَرَأَتَيْنِ مُخْتَصِصَةٍ بِهِ ، تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْأَمْرُ مُحْتَمِلًا ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا مَنْ لَا يَعْلَمُ حَالَهُ ، أَوْ مَنْ يَعْمَلُ الْحُلَّ وَالْحُمْرَ مَعًا ، وَلَمْ يَلْفِظْ بِمَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الْحُمْرِ ، فَالْبَيْعُ جَائِزٌ . وَإِذَا ثَبَتَ التَّحْرِيمُ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُحْرَمَ فِي ذَلِكَ اعْتِقَادُهُ بِالْعَقْدِ ذُوْنَهُ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ الْعَقْدِ ، كَمَا لَوْ دَلَّسَ الْعَيْبَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقَدَ عَلَى عَيْنٍ ، لِمَعْصِيَةِ اللَّهِ بِهَا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَأَجَارَةِ الْأُمَةِ لِلزَّنى وَالْغِنَاءِ . وَأَمَّا التَّدْلِيْسُ ، فَهُوَ الْمُحْرَمُ ، ذُوْنُ الْعَقْدِ . وَلِأَنَّ التَّحْرِيمَ هَهُنَا لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَأَفْسَدَ الْعَقْدَ ، كَبَيْعِ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ ، وَيُفَارِقُ التَّدْلِيْسَ ، فَإِنَّهُ لِحَقِّ آدَمِيٍّ .

٢٤/٥ ظ

فصل : وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي كُلِّ مَا قُصِدَ ^(٩) بِهِ الْحَرَامُ ، / كَبَيْعِ السِّلَاحِ لِأَهْلِ الْحَرْبِ ، أَوْ لِقُطَاعِ الطَّرِيقِ ، أَوْ فِي الْفِتْنَةِ ، وَبَيْعِ الْأُمَةِ لِلْغِنَاءِ ، أَوْ إِجَارَتِهَا كَذَلِكَ ، أَوْ إِجَارَةِ دَارِهِ لَبَيْعِ الْحُمْرِ فِيهَا ، أَوْ لِنَتَّخِذَ كَنِيسَةً ، أَوْ بَيْتَ نَارٍ ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ . فَهَذَا حَرَامٌ ، وَالْعَقْدُ بَاطِلٌ ؛ لِمَا قَدَّمْنَا . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ . رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَسَائِلَ ، نَبَّهَ بِهَا عَلَى ذَلِكَ ، فَقَالَ فِي الْقَصَابِ وَالْحَبَّازِ : إِذَا عَلِمَ أَنَّ مَنْ يَشْتَرِي مِنْهُ ، يَدْعُو عَلَيْهِ مَنْ يَشْرَبُ الْمُسْكِرَ ، لَا يَبِيعُهُ ، وَمَنْ يَخْتَرِطُ الْأَقْدَاحَ لَا يَبِيعُهَا مِمَّنْ يَشْرَبُ فِيهَا . وَنَهَى عَنْ بَيْعِ الدِّيَّاجِ لِلرِّجَالِ ، وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهِ لِلنِّسَاءِ . وَرَوَى عَنْهُ ؛ لَا يَبِيعُ الْجَوْزَ مِنَ الصَّبْيَانِ لِلْقَمَارِ . وَعَلَى قِيَاسِهِ الْبَيْضُ ، فَيَكُونُ بَيْعُ ذَلِكَ كُلِّهِ بَاطِلًا .

فصل : قِيلَ لِأَحْمَدَ : رَجُلٌ مَاتَ ، وَخَلَفَ جَارِيَةً مُعْنِيَةً ، وَوَلَدًا يَتِيمًا ، وَقَدْ

(٨) فِي م : « وَشُرُوطُهُ » .

(٩) فِي م : « يَقْصِدُ » .

احتاج إلى بيعها . قال : يبيعهما على أنها ساذجة . فقل له : فإنها تساوي ثلاثين ألف درهم ، فإذا بيعت ساذجة تساوي عشرين ديناراً . قال : لا تباع إلا على أنها ساذجة . ووجه ذلك ما روى أبو أمامة ، عن النبي ﷺ ؛ أنه قال : « لا يجوز بيع المغنيات ، ولا أثمانهن ، ولا كسبهن » . قال الترمذي^(١٠) : هذا لا تعرفه إلا من حديث علي بن يزيد ، وقد تكلم فيه أهل العلم . ورواه ابن ماجه^(١١) . وهذا يحمل على بيعهن لأجل الغناء ، فأما ما لبتهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل ، كما أن العصير لا يحرم ببيع لغير الخمر ، لصلاحيته للخمر .

فصل : ولا يجوز بيع الخمر ، ولا التوكيل في بيعه ، ولا شراؤه . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز . وقال أبو حنيفة : يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في بيعها وشراؤها . وهو غير صحيح ؛ فإن عائشة روت ، أن النبي ﷺ قال : « حرمت التجارة في الخمر »^(١٢) . وعن جابر ، أنه سمع النبي ﷺ عام الفتح ، وهو بمكة ، يقول : « إن الله ورسوله حرم ما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » . فقل : يا رسول الله ، رأيت شعوم الميتة ، فإنه

(١٠) في : باب ما جاء في كراهية بيع المغنيات ، من أبواب البيوع . وباب تفسير سورة لقمان ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٢٨١/٥ ، ٢٨٢ ، ٧٢/١٢ ، ٧٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٢/٥ ، ٢٥٧ ، ٢٦٤ ، ٢٦٨ .

(١١) في : باب ما لا يحل بيعه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٣/٢ .

(١٢) أخرجه البخاري ، في : باب تحريم تجارة الخمر في المسجد ، من كتاب الصلاة . وباب أكل الربا وشاهده وكتبه ... ، وباب تحريم التجارة في الخمر ... ، من كتاب البيوع . وباب : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ ... ، وباب : ﴿ يحق الله الربا ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ١٢٤/١ ، ٧٧/٣ ، ١٠٨ ، ٤٠/٦ . ومسلم ، في : باب تحريم بيع الخمر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٦/٣ . وأبو داود ، في : باب في ثمن الخمر والميتة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥١/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في بيع جلود الميتة والأصنام ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٣٠٠/٥ . والنسائي ، في : باب النهي عن الانتفاع بشعوم الميتة ، وباب بيع الخنزير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٢/٧ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، في : باب ما لا يحل في بيعه ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٧٣٢/٢ . والدارمي ، في : باب في النهي عن بيع الخمر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٤/٣ ، ٣٢٦ . وانظره في : ٣٤٠/٣ .

(١٣) سقط من : الأصل .

تُطْلَى بِهَا السُّفْنُ ، وَتُدَهَّنُ بِهَا الْجُلُودُ ، وَيَسْتَصْبِحُ^(١٤) بِهَا النَّاسُ ؟ فَقَالَ : « لَا ، هُوَ حَرَامٌ » . ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « قَاتِلْ / اللَّهُ الْيَهُودَ ، إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا ، فَجَمَلُوهُ^(١٥) ، ثُمَّ بَاعُوهُ ، وَأَكَلُوا ثَمَنَهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٦) . وَمَنْ وَكَّلَ فِي بَيْعِ الْخَمْرِ ، وَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، فَقَدْ أَشْبَهَهُمْ فِي ذَلِكَ . وَلِأَنَّ الْخَمْرَ نَجِسَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، فَحُرِّمَ^(١٧) بَيْعُهَا ، وَالتَّوَكُّيلُ فِي بَيْعِهَا ، كَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ ، وَلِأَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ بَيْعُهُ ، فَحُرِّمَ عَلَيْهِ التَّوَكُّيلُ^(١٨) فِي بَيْعِهِ^(١٩) ، كَالْخِنْزِيرِ .

٧٦٦ - مسألة ؛ قال : (وَيَبْتَاعُ الْبَيْعُ إِذَا كَانَ فِيهِ شَرْطَانِ ، وَلَا يُبْتَاعُ شَرْطٌ وَاحِدٌ)

ثَبَّتَ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ قَالَ : الشَّرْطُ الْوَاحِدُ لَا بَأْسَ بِهِ ، إِنَّمَا نُهِىَ عَنِ الشَّرْطَيْنِ فِي الْبَيْعِ . ذَهَبَ أَحْمَدُ إِلَى مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ، وَلَا تَبْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » . أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(١) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . قَالَ الْأَثَرُمُ :

(١٤) أَيْ يُشْعَلُونَ بِهَا سُرُجَهُمْ .

(١٥) جَمَلَهُ يَجْمَلُهُ جَمَلًا ، وَأَجْمَلَهُ : أَذَابَهُ وَاسْتَخْرَجَ ذَهَنَهُ . لِسَانَ الْعَرَبِ (ج م ل) .

(١٦) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْمَيْتَةِ وَالْأَصْنَامِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١١٠/٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ بَيْعِ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٠٧/٣ .

كَأَيْ أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي ثَمَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٥٠/٢ ، ٢٥١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي بَيْعِ جُلُودِ الْمَيْتَةِ وَالْأَصْنَامِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٩٩/٥ ، ٣٠٠ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْخِنْزِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَجْتَبَى ٢٧٢/٧ ، ٢٧٣ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَا لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٧٣٢/٢ .

(١٧) فِي م : « يَحْرَمُ » .

(١٨ - ١٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٥٤/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٤٣/٥ . كَأَيْ أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْبَائِعِ ، وَبَابِ سَلْفٍ وَبَيْعٍ ... ، وَبَابِ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ... ، =

قيل لأبي عبد الله: إن هؤلاء يكرهون الشرط في البيع. فنفض يده، وقال: الشرط الواحد لا بأس به في البيع، إنما نهى رسول الله ﷺ عن شرطين في البيع. وحديث جابر يذّن على إباحة الشرط، حين باعه جملة، وشرط ظهره إلى المدينة^(٢). واختلف في تفسير الشرطين المنهيين عنهما، فروى عن أحمد؛ أنهما شرطان صحيحان، ليسا من مصلحة العقد. فحكى ابن المنذر عنه، وعن إسحاق، في من اشترى ثوباً، واشترط على البائع خياطته وقصارته، أو طعماً، واشترط طحنه وحمله: إن اشترط أحد هذه الأشياء، فالبيع جائز، وإن اشترط شرطين، فالبيع باطل. وكذلك فسّر القاضي في «شرح» الشرطين المبطلين بنحو من هذا التفسير. وروى الأثرم عن أحمد تفسير الشرطين؛ أن يشترها على أنه لا يبيعها من أحد، وأنه يطؤها. ففسره بشرطين فاسدين. وروى عنه إسماعيل بن سعيد^(٣) في الشرطين في البيع، أن يقول: إذا بعثتها^(٤) فأنا أحق بها بالثمن، وأن تأخذ مني سنة. وظاهر كلام أحمد؛ أن الشرطين المنهيين عنهما ما كان من هذا النحو. فأما إن شرط شرطين، أو أكثر، من مقتضى العقد، أو مصلحته، مثل أن يبيعه بشرط الخيار، والتأجيل، والرهن، والضمين، أو بشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن، فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر. / وقال القاضي في «المجرد»: ظاهر كلام أحمد أنه متى شرط في العقد شرطين، بطل، سواء كانا صحيحين، أو فاسدين، لمصلحة العقد، أو لغير مصلحته. أخذاً من ظاهر الحديث، وعملاً بعمومه. ولم يفرق الشافعي، وأصحاب الرأي بين الشرطين، ورووا أن النبي ﷺ

٢٥/٥ ظ

= من كتاب البيوع. المجتبى ٢٥٤/٧، ٢٥٩. والدارمي، في: باب في النهي عن شرطين في بيع، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢٥٣/٢. والإمام أحمد، في: المسند ١٧٩/٢.

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٦٧.

(٣) في النسخ: «سيد».

وانظر ترجمتنا له في: ٣٧/١.

(٤) في الأصل: «بعثها».

نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ^(٥) . وَلِأَنَّ الصَّحِيحَ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْبَيْعِ وَإِنْ كَثُرَ ، وَالْفَاسِدُ يُؤَثِّرُ فِيهِ وَإِنْ اتَّحَدَ . وَالْحَدِيثُ الَّذِي رَوَيْنَاهُ يَدُلُّ عَلَى الْفَرْقِ . وَلِأَنَّ الْعَرَرَ الْيَسِيرَ إِذَا اخْتِمَلَ فِي الْعَقْدِ ، لَا يَلْزَمُ مِنْهُ اخْتِمَالُ الْكَثِيرِ . وَحَدِيثُهُمْ لَمْ يَصِحَّ ، وَلَيْسَ لَهُ أَصْلٌ ، وَقَدْ أَنْكَرَهُ أَحْمَدُ ، وَلَا نَعْرِفُهُ مَرْوِيًّا فِي مُسْنَدٍ ، فَلَا^(٦) يُعَوَّلُ عَلَيْهِ . وَقَوْلُ الْقَاضِي : إِنَّ النَّهْيَ يَبْقَى عَلَى عُمُومِهِ فِي كُلِّ شَرْطَيْنِ . بَعِيدٌ أَيْضًا ؛ فَإِنَّ شَرْطَ مَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ بَغَيْرِ خِلَافٍ ، وَشَرْطَ مَا هُوَ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ ، كَالْأَجَلِ ، وَالْخِيَارِ ، وَالرَّهْنِ ، وَالضَّمَمِينَ ، وَشَرْطَ صِفَةٍ فِي الْمَبِيعِ ، كَالْكِتَابَةِ ، وَالصَّنَاعَةِ ، فِيهِ مَصْلَحَةُ الْعَقْدِ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُؤَثِّرَ أَيْضًا فِي بَطْلَانِهِ ، قَلَّتْ أَوْ كَثُرَتْ . وَلَمْ يَذْكُرْ أَحْمَدُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ شَيْئًا مِنْ هَذَا الْقِسْمِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ غَيْرُ مُرَادٍ لَهُ .

فصل : والشُّرُوطُ تُنْقَسِمُ^(٧) أَرْبَعَةَ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا هُوَ مِنْ مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، كَاشْتِرَاطِ التَّسْلِيمِ ، وَخِيَارِ الْمَجْلِسِ ، وَالتَّقَابُضِ فِي الْحَالِ . فَهَذَا وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ ، لَا يُفِيدُ حُكْمًا ، وَلَا يُؤَثِّرُ فِي الْعَقْدِ .

الثَّانِي ، تَتَعَلَّقُ بِهِ مَصْلَحَةُ الْعَاقِدَيْنِ ، كَالْأَجَلِ ، وَالْخِيَارِ ، وَالرَّهْنِ ، وَالضَّمَمِينَ ، وَالشَّهَادَةِ ، أَوْ اشْتِرَاطِ صِفَةٍ مَقْصُودَةٍ فِي الْمَبِيعِ ، كَالصَّنَاعَةِ وَالْكِتَابَةِ ، وَنَحْوِهَا . فَهَذَا شَرْطٌ جَائِزٌ يَلْزَمُ الْوَفَاءُ بِهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي صِحَّةِ هَذَيْنِ الْقِسْمَيْنِ خِلَافًا .

الثَّالِثُ ، مَا لَيْسَ مِنْ مُقْتَضَاهُ ، وَلَا مِنْ مَصْلَحَتِهِ ، وَلَا يُنَافِي مُقْتَضَاهُ ، وَهُوَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، اشْتِرَاطُ مَنْفَعَةٍ الْبَائِعِ فِي الْمَبِيعِ ، فَهَذَا قَدْ مَضَى ذِكْرُهُ . الثَّانِي ، أَنْ يَشْتَرِطَ عَقْدًا فِي عَقْدٍ ، نَحْوُ أَنْ يَبِيعَهُ شَيْئًا بِشَرْطِ أَنْ يَبِيعَهُ شَيْئًا آخَرَ ، أَوْ يَشْتَرِيَ

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٦٥ ، ١٦٦ .

(٦) في م : « ولا » .

(٧) في م زيادة : « إلى » .

منه ، أو يُؤجره ، أو يُزوجه ، أو يُسلفه ، أو يصرف له الثمن أو غيره ، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع ، سواء اشترطه ^(٨) البائع أو المشتري ، / ^(٩) وسنذكر ذلك ^(٩) إن شاء الله تعالى .

الرابع ، اشتراط ما ينافي مقتضى البيع ، وهو على ضربين ؛ أحدهما ، اشتراط ما يبنى على التغليب والسراية ، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد ، فهل يصح ؟ على روايتين ؛ إحداهما ، يصح . وهو مذهب مالك ، وظاهر مذهب الشافعي ؛ لأن عائشة ، رضي الله عنها ، اشترت بريدة ، وشرط أهلها عليها عتقها ، وولاءها ، فأنكر النبي ﷺ شرط ^(١٠) الولاء ، دون العتق ^(١١) . والثانية ، الشرط فاسد . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، أشبه إذا شرط أن لا يبيعه ، لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه ، أشبه ما لو شرط أن يبيعه . وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق ، وإنما أخبرتهم بإرادتها لذلك من غير شرط ، فاشترطوا الولاء ، فإذا حكمنا بفساده ، فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة التي يأتي ذكرها . وإن حكمنا بصحته ، فأعتقه المشتري ، فقد وفى بما شرط عليه ، وإن لم يعتقه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يُجبر ؛ لأن شرط العتق إذا صح ، تعلّق بعينه ، فيُجبر عليه ، كما لو نذر عتقه ^(١٢) . والثاني ، لا يُجبر ؛ لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط ، بدليل ما لو شرط الرهن ، والضمين ، فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ ، لأنه لم يسلم له ما شرطه له ، أشبه ما لو شرط عليه رهنا . وإن تعيب المبيع ، أو كان أمة ، فأحبّلها ، أعتقه ، وأجزأه ؛ لأن الرق باقي فيه .

(٨) في الأصل : « اشترط » .

(٩ - ٩) في م : « وسنذكره » .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) سيأتي تخريجه في صفحة ٣٢٦ .

(١٢) في م : « عنه » .

وإن استغله ، أو أخذ من كسبه شيئاً ، فهو له . وإن مات المبيع ، رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق ، فيقال : كم قيمته لو بيع مطلقاً ؟ وكم يساوي إذا بيع بشرط العتق ؟ فيرجع^(١٣) بقسط ذلك من ثمنه ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر يضمن ما نقص من قيمته . الضرب الثاني ، أن يشترط غير العتق ؛ مثل أن يشترط أن لا يبيع ، ولا يهب ، ولا يعتق ، ولا يوطأ . أو يشترط عليه أن يبيعه ، أو يقفه ، أو متى نفق المبيع وإلا رده ، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن ،^(١٤) أو إن^(١٥) اعتقه فالولاء له . فهذه وما أشبهها شروط فاسدة . وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين ؛ قال القاضي : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح . وهو ظاهر كلام الخرقى ههنا . وهو قول الحسن ، والشعبي ، والنخعي ، / والحكم^(١٥) ، وابن أبي ليلى ، وأبي ثور . والثانية ، البيع فاسد . وهو قول^(١٦) أبي حنيفة ، والشافعي ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وشروط^(١٧) . ولأنه شرط فاسد ، فأفسد^(١٨) البيع ، كما لو شرط فيه عقداً آخر . ولأن الشرط إذا فسد ، وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، وذلك مجهول ، فيصير الثمن مجهولاً . ولأن البائع إنما رضى بزوال ملكه عن المبيع بشرطه ، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له ، فلو صح البيع بدونه ، لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضي . ولنا ، ما روت عائشة ، قالت : جاءني بريرة ، فقالت : كاتب أهلي على تسع أواق ، في كل عام أوقية ، فأعينيني . فقلت : إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ، ويكون لي ولاؤك فعلت . فذهبت بريرة إلى أهلها ، فقالت لهم ، فأبوا عليها ، فجاءت من عندهم ، ورسول الله ﷺ جالس ، فقالت : إني عرضت عليهم ، فأبوا ، إلا أن يكون الولاء

(١٣) في الأصل بعد هذا زيادة : « بما » .

(١٤ - ١٥) في م : « وإن » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) في م : « مذهب » .

(١٧) تقدم تخريجه في صفحة ١٦٥ ، ١٦٦ .

(١٨) في م : « فاسد » .

لهم . فسمع النبي ﷺ ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ ، فقال : « تُحْذِيهَا ، وَاشْتَرِطِي الْوَلَاءَ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . ففعلت عائشة ، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس ، فحمد الله ، وأثنى عليه ، ثم قال : « أَمَّا بَعْدُ ، مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٩) . فَأَبْطَلَ الشَّرْطَ ، وَلَمْ يُبْطِلِ الْعَقْدَ . قال ابن المنذر : خَبَرُ بَرِيرَةَ ثَابِتٌ . وَلَا نَعْلَمُ خَبَرًا يُعَارِضُهُ ، فَالْقَوْلُ بِهِ يَجِبُ . فَإِنْ قِيلَ : الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ : « اشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ » . أَيْ عَلَيْهِمْ . بِدَلِيلٍ أَنَّهُ أَمَرَهَا بِهِ ، وَلَا يَأْمُرُهَا بِفَاسِدٍ . قُلْنَا : لَا يَصِحُّ هَذَا التَّأْوِيلُ بِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْوَلَاءَ لَهَا بِإِعْتِقِهَا ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى اشْتِرَاطِهِ . الثَّانِي ، أَنَّهُمْ أَبَوَا الْبَيْعَ ، إِلَّا أَنْ يُشْتَرِطَ الْوَلَاءُ لَهُمْ ، فَكَيْفَ يَأْمُرُهَا بِمَا يَعْلَمُ أَنَّهَا لَا يَقْبَلُونَهُ مِنْهَا ؟ وَأَمَّا أَمْرُهُ بِذَلِكَ فَلَيْسَ هُوَ أَمْرًا عَلَى الْحَقِيقَةِ ، وَإِنَّمَا هُوَ صِغَةً^(٢٠) الْأَمْرِ / بِمَعْنَى التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْاشْتِرَاطِ وَتَرْكِهِ ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ اسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ ﴾^(٢١) . وَقَوْلِهِ : ﴿ فَاصْبِرُوا أَوْ لَا تَصْبِرُوا ﴾^(٢٢) وَالتَّقْدِيرُ : وَاشْتَرِطِي لَهُمْ

و ٢٧/٥

(١٩) أخرجه البخارى ، فى : باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس ، من كتاب المكاتب . وباب ما يجوز من شروط المكاتب ... ، وباب الشروط فى الولاء ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ١٩٩/٣ ، ٢٥٠ - ٢٥٢ . ومسلم ، فى : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ - ١١٤٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٤٦/٢ ، ٣٤٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢٨٠/٨ ، ٢٨١ . والنسائى ، فى : باب بيع المكاتب ، وباب المكاتب يباع قبل أن يقضى من كتابته شيئا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٨/٧ ، ٢٦٩ . والإمام مالك ، فى : باب مصير الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٨٠/٢ ، ٧٨١ .

(٢٠) فى م : « صفة » .

(٢١) سورة التوبة ٨٠ .

(٢٢) سورة الطور ١٦ .

الْوَلَاءُ^(٢٣) ، أو لا تَشْتَرِي . ولهذا قال عَقِيْبَه : « فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » .
وَحَدِيثُهُمْ لَا أَصْلَ لَهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، ^(٢٤) وَمَا ذَكَرُوهُ ^(٢٥) مِنَ الْمَعْنَى فِي ^(٢٥) مُقَابَلَةِ
النَّصِّ ^(٢٥) غَيْرُ مَقْبُولٍ .

فصل : فَإِنْ حَكَمْنَا بِصِحَّةِ الْبَيْعِ ، فَلِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ بِمَا نَقَصَهُ الشَّرْطُ مِنَ الثَّمَنِ .
ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَلِلْمُشْتَرِي الرَّجُوعُ بِزِيَادَةِ الثَّمَنِ إِنْ كَانَ هُوَ الْمُشْتَرِطُ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ
إِنَّمَا سَمَحَ بِبَيْعِهَا بِهَذَا الثَّمَنِ ، لِمَا يَحْصُلُ لَهُ مِنَ الْغَرَضِ بِالشَّرْطِ ، وَالْمُشْتَرِي إِنَّمَا
سَمَحَ بِزِيَادَةِ الثَّمَنِ مِنْ أَجْلِ شَرْطِهِ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ غَرَضُهُ ، يَنْبَغِي أَنْ يَرْجِعَ بِمَا
سَمَحَ بِهِ ، كَمَا لَوْ وَجَدَهُ مَعِيًّا .

فصل : فَإِنْ حَكَمْنَا بِفَسَادِ الْعَقْدِ ، لَمْ يَحْصُلْ بِهِ مِلْكٌ ، سِوَاءِ اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ ،
أَوْ لَمْ يَتَّصِلْ . وَلَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فِيهِ بِبَيْعٍ ، وَلَا هِبَةٍ ، وَلَا عِتْقٍ ، وَلَا غَيْرِهِ .
وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى أَنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ فِيهِ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ ،
وَلِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ فِيهِ ، فَيَأْخُذُهُ مَعَ الزِّيَادَةِ الْمُتَفَصِّلَةِ ، إِلَّا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ الْمُشْتَرِي
تَصَرُّفًا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ فِيهِ ، فَيَأْخُذُ قِيَمَتَهُ . وَاحْتَجَّ بِحَدِيثِ بَرِيرَةَ ؛ فَإِنَّ عَائِشَةَ اشْتَرَتْهَا
بِشَرْطِ الْوَلَاءِ ، فَأَعْتَقَهَا ، فَأَجَازَ النَّبِيُّ ﷺ الْعِتْقَ ، وَالْبَيْعُ فَاسِدٌ . وَلِأَنَّ الْمُشْتَرِي
عَلَى صِفَةِ يَمْلِكُ الْمَبِيعَ ابْتِدَاءً بِعَقْدِهِ ، وَقَدْ حَصَلَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ لِلْبَدْلِ عَنْ عَقْدٍ فِيهِ
تَسْلِيْطٌ ، فَوَجَبَ أَنْ يَمْلِكَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْعَقْدُ صَحِيحًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِعَقْدٍ
فَاسِدٍ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ الثَّمَنُ مَيْتَةً ، أَوْ دَمًا . فَأَمَّا حَدِيثُ بَرِيرَةَ ، فَإِنَّمَا
يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْعَقْدِ ، لَا عَلَى مَا ذَكَرُوهُ . وَلَيْسَ فِي الْحَدِيثِ أَنَّ عَائِشَةَ اشْتَرَتْهَا

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤ - ٢٤) في م : « وذكره » .

(٢٥ - ٢٥) سقط من : الأصل .

بهذا الشرط ، بل الظاهر أن أهل بريرة حين بلغهم إنكار النبي ﷺ هذا الشرط تركوه ، ويحتمل أن الشرط كان سابقا للعقد ، فلم يؤثر فيه .

فصل : وعليه رد المبيع ، مع نمائه المتصل والمنفصل ، وأجرة مثله مدة بقائه في يده ، وإن نقص ضمن نقصه ؛ لأنها جملة مضمونة ، فأجزاؤها / تكون مضمونة أيضا . فإن تلف المبيع في يد المشتري ، فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف . قاله القاضى . ولأن أحمد نص عليه في العصب ، ولأنه قبضه بإذن مالكة ، فأشبهه العارية . وذكر الخرقى في العصب ، أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت ، فيخرج ههنا كذلك ، وهو أولى ؛ لأن العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها ، وعليه ضمان نقصها مع زيادتها ، فكذلك في حال تلفها ، كما لو أتلّفها بالجنابة ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

ظ ٢٧/٥

فصل : فإن كان المبيع أمة ، فوطئها المشتري ، فلا حدّ عليه ؛ لاعتقاده أنها ملكه ، ولأن في الملك اختلافا . وعليه مهر مثلها ؛ لأن الحد إذا سقط للشبهة ، وجب المهر . ولأن الوطء في ملك الغير يوجب المهر . وعليه أرض البكارة ، إن كانت بكرًا . فإن قيل : أليس إذا تزوج امرأة تزويجا فاسدا ، فوطئها ، فأزال بكارتها ، لا يضمن البكارة ؟ قلنا : لأن التكاخ تضمن الإذن في الوطء المذهب للبكارة ؛ لأنه معقود على الوطء ، ولا كذلك البيع ، فإنه ليس بمعقود على الوطء ؛ بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها ، ولا يحل نكاحها . فإن قيل : فإذا أوجبتم مهر بكر ، فكيف توجبون ضمان البكارة ، وقد دخل ضمانها في المهر ؟ وإذا أوجبتم ضمان البكارة ، فكيف توجبون مهر بكر ، وقد أدى عوض البكارة بضمائه لها ، فجرى مجرى من أزال بكارتها بأصبعه ، ثم وطئها ؟ قلنا : لأن مهر البكر ضمان المنفعة ، وأرض البكارة ضمان جزئ ، فلذلك اجتمعا ، وأما الثانى فإنه إذا وطئها بكرًا ، فقد استوفى نفع هذا الجزئ ، فوجب قيمته بما استوفى من نفعه ، فإذا أتلّفه وجب ضمان عينه ، ولا يجوز أن تضمن العين ، ويسقط ضمان المنفعة ، كما لو غصب عينا ذات منفعة ، فاستوفى منفعتها ، ثم أتلّفها ، أو غصب

ثَوْبًا ، فَلَبِسَهُ حَتَّى أَبْلَاهُ وَأَتْلَفَهُ ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ الْقِيَمَةَ وَالْمَنْفَعَةَ ، كَذَا هُنَا .

فصل : وَإِنْ وَلَدَتْ كَانَ وَلَدُهَا حُرًّا ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَهَا بِشُبْهَةٍ . وَيَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ

و ٢٨/٥

لِذَلِكَ ، وَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ حُرُّ الْأَصْلِ / ، وَعَلَى الْوَاطِئِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ وَضْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَوْمَ الْحَيْلُولَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ صَاحِبِهِ ، فَإِنْ سَقَطَ مَيِّتًا ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَضْمَنُهُ حِينَ وَضَعَهُ ، وَلَا قِيَمَةَ لَهُ حِينَئِذٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ ضَرَبَ بَطْنُهَا فَالْقَتَ جَنِينًا مَيِّتًا ، وَجَبَ ضَمَانُهُ . قُلْنَا : الضَّارِبُ يَجِبُ عَلَيْهِ غُرَّةٌ ، وَهُنَا يَضْمَنُهُ بِقِيَمَتِهِ ، وَلَا قِيَمَةَ لَهُ ، وَلِأَنَّ الْجَانِيَّ أَتْلَفَهُ ، وَقَطَعَ نَمَاءَهُ ، وَهُنَا يَضْمَنُهُ بِالْحَيْلُولَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، وَوَقْتُ الْحَيْلُولَةِ وَقْتُ السَّقُوطِ ، وَكَانَ مَيِّتًا ، فَلَمْ يَجِبْ ضَمَانُهُ ، وَعَلَيْهِ ضَمَانُ نَقْصِ الْوِلَادَةِ . وَإِنْ ضَرَبَ بَطْنُهَا أَجْنَبِيًّا فَالْقَتَ جَنِينًا مَيِّتًا ، فَعَلَى الضَّارِبِ غُرَّةٌ ، عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ ، لِلْسَيِّدِ مِنْهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْضِ الْجَنِينِ ، أَوْ قِيَمَتُهُ يَوْمَ سَقَطَ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ^(٢٦) الضَّارِبِ لَهُ قَامَ مَقَامَ خُرُوجِهِ حَيًّا ، وَلِذَلِكَ ضَمِنَهُ الْبَائِعُ . وَإِنَّمَا كَانَ لِلْسَيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْغُرَّةَ إِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ مِنَ الْقِيَمَةِ ، فَالْبَاقِي مِنْهَا لَوَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِالْحُرِّيَّةِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ السَّيِّدُ مِنْهَا شَيْئًا . وَإِنْ كَانَتْ أَقْلَ ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الضَّارِبِ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ بِسَبَبِ ذَلِكَ ضَمِنَ . وَإِنْ ضَرَبَ الْوَاطِئُ بَطْنُهَا ، فَالْقَتَ الْجَنِينَ مَيِّتًا ، فَعَلَيْهِ الْغُرَّةُ أَيْضًا ، وَلَا يَرِثُ مِنْهَا شَيْئًا ، وَلِلْسَيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ كَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ سَلَّمَ الْجَارِيَةَ الْمَبِيعَةَ إِلَى الْبَائِعِ حَامِلًا ، فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ ، ضَمِنَ نَقْصَ الْوِلَادَةِ ، وَإِنْ تَلَفَتْ بِذَلِكَ ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّ تَلَفَهَا بِسَبَبِ مِنْهُ . وَإِنْ مَلَكَهَا الْوَاطِئُ ، لَمْ تَصِرْ بِذَلِكَ أُمًّا وَلَدٍ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا عَلَقَتْ مِنْهُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، فَأُشْبِهَ الزَّوْجَةَ . وَهَكَذَا كُلُّ مَوْضِعٍ حَبَلَتْ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَلَا تَصِيرُ لَهُ أُمٌّ وَلَدٍ بِهَذَا .

فصل : إِذَا بَاعَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ الْفَاسِدَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ

إِذْنِهِ ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّهُ عَلَى الْبَائِعِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ ، وَلِبَائِعِهِ أَخْذُهُ حَيْثُ وَجَدَ ،

(٢٦) سقط من : الأصل .

وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي بِالثَّمَنِ عَلَى الَّذِي بَاعَهُ ، وَيَرْجِعُ الْأَوَّلُ عَلَى بَائِعِهِ ، فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ الثَّانِي ، فَلِلْبَائِعِ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ ضَامِنٌ ، وَالثَّانِي قَبْضُهُ مِنْ يَدِ ضَامِنِهِ بغير إذن صاحبه ، فكان ضامناً . فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِهِ ، فَضَمِنَ الثَّانِي ، لَمْ يَرْجِعْ بِالْفَضْلِ / عَلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . فَإِنْ ضَمِنَ الْأَوَّلُ ، رَجَعَ بِالْفَضْلِ عَلَى الثَّانِي .

فصل : وَإِنْ زَادَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، بِسِمَنِ ، أَوْ نَحْوِهِ ، ثُمَّ نَقَصَ حَتَّى عَادَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، أَوْ وَلَدَتْ الْأُمَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ مَاتَ وَلَدُهَا ، احْتَمَلُ أَنْ يَضْمَنَ تِلْكَ الزِّيَادَةَ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ فِي عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ ، أَشْبَهَتْ الزِّيَادَةَ فِي الْمَغْصُوبِ ، وَاحْتَمَلُ أَنْ لَا يَضْمَنَهَا ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنْ لَا يَكُونَ فِي مُقَابَلَةِ الزِّيَادَةِ عَوْضٌ ، فَعَلَى هَذَا تَكُونُ الزِّيَادَةُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ ، فَإِنْ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، أَوْ عُذْوَانِهِ ، ضَمِنَهَا ، وَإِلَّا فَلَا . وَإِنْ تَلَفَتْ الْعَيْنُ بَعْدَ زِيَادَتِهَا أَسْقَطَتْ تِلْكَ الزِّيَادَةَ مِنَ الْقِيَمَةِ ، وَضَمِنَهَا بِمَا بَقِيَ مِنَ الْقِيَمَةِ ، حِينَ التَّلَفِ . قَالَ الْقَاضِي : وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ .

فصل : إِذَا بَاعَ بَيْعًا فَاسِدًا ، وَتَقَابَضَا ، ثُمَّ أُلْفَ الْبَائِعُ الثَّمَنَ ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ فِي الْمَبِيعِ ، وَلِلْمُشْتَرِي أُسْوَةُ الْغُرْمَاءِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِالْمَبِيعِ مِنْ سَائِرِ الْغُرْمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ ، فَكَانَ أَحَقَّ بِهِ كَالْمُرْتَهِنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْهُ وَثِيقَةً ، فَلَمْ يَكُنْ أَحَقَّ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ وَدِيعَةً عِنْدَهُ ، بِخِلَافِ الْمُرْتَهِنِ ، فَإِنَّهُ قَبْضَهُ عَلَى أَنَّهُ وَثِيقَةٌ بِحَقِّهِ .

فصل : إِذَا قَالَ : بَعِ عَبْدَكَ مِنْ فُلَانٍ ، عَلَى أَنْ عَلَى خَمْسُمَائِهِ . فَبَاعَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ ، فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ جَمِيعُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي . فَإِذَا شَرَطَ كَوْنَ بَعْضِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمَنْعَ ، وَالثَّمَنُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَلَا يُشْبِهُ هَذَا مَا لَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ ، أَوْ طَلَّقْتُ امْرَأَتَكَ ، وَعَلَى خَمْسُمَائِهِ . لَكُونُ هَذَا عَوْضًا فِي مُقَابَلَةِ فُلْكَ الزَّوْجِيَّةِ ، وَرَقَبَةِ الْعَبْدِ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَجُزْ فِي النِّكَاحِ . أَمَّا

فِي مَسْأَلَتِنَا فَإِنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فِي مُقَابَلَةِ نَقْلِ (٢٧) الْمِلْكِ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ (٢٨) الْعَوَضُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَإِنْ كَانَ هَذَا الْقَوْلُ عَلَى وَجْهِ الضَّمَانِ ، صَحَّ الْبَيْعُ ، وَلَزِمَ الضَّمَانُ .

فصل : والعربون في البيع ، هو أن يشتري السلعة ، فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره ، على أنه إن أخذ السلعة ، احتسب به من الثمن ، وإن لم يأخذها ، فذلك للبائع . يقال : عربون ، / وأربون ، وعربان وأربان . قال أحمد : لا بأس به ، وفعله عمر رضي الله عنه . وعن ابن عمر ، أنه أجازَه . وقال ابن سيرين : لا بأس به . وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين : لا بأس إذا كره السلعة أن يردها ، ويرد معها شيئاً . وقال أحمد : هذا في معناه . واختار أبو الخطاب ، أنه لا يصح . وهو قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ويروى ذلك عن ابن عباس والحسن ؛ لأن النبي ﷺ ، نهى عن بيع العربون . رواه ابن ماجه (٢٩) . ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض ، فلم يصح ، كما لو شرطه لأجنبي ، ولأنه بمنزلة الخيار المجهور ، فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة ، فلم يصح ، كما لو قال : ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ، ومعها درهماً . وهذا هو القياس . وإنما صار أحمد فيه إلى ما روى فيه عن نافع بن عبد الحارث ، أنه اشترى لعمر دار السجج من صفوان بن أمية ، فإن رضي عمر ، وإلا فله كذا وكذا . قال الأثرم : قلت لأحمد تذهب إليه ؟ قال : أي شيء أقول ؟ هذا عمر رضي الله عنه . وضعف الحديث المروي . روى هذه القصة الأثرم بإسناده . فأما إن دفع إليه قبل البيع درهماً ، وقال : لا تبغ هذه السلعة لغيري ، وإن لم اشتريها منك ، فهذا الدرهم

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) في م : « لمن » .

(٢٩) في : باب بيع العربان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٨/٢ ، ٧٣٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في العربان ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٣/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في بيع العربان ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٠٩/٢ .

لك . ثم اشترأها منه بعد ذلك بِعَقْدٍ مُبْتَدِئٍ وَحَسَبَ الدَّرْهَمَ مِنَ الثَّمَنِ ، صَحَّ ؛
لأنَّ البَيْعَ خَلا عن الشرطِ المُفْسِدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الشُّرَاءَ الَّذِي اشْتَرَى لِعَمَرٍ كَانَ عَلَى
هذا الوجه ، فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ جَمْعًا بَيْنَ فِعْلِهِ وَبَيْنَ الْحَبْرِ ، وَمُوَافَقَةَ الْقِيَاسِ ، وَالْأَيْمَةِ
الْقَائِلِينَ بِفَسَادِ الْعُرْبُونِ . وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ السَّلْعَةَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ الْبَائِعُ
الدَّرْهَمَ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُهُ بغيرِ عَوَضٍ ، وَلِصَاحِبِهِ الرُّجُوعُ فِيهِ ، وَلَا يَصِحُّ جَعْلُهُ عَوَضًا
عَنْ انْتِظَارِهِ ، وَتَأْخِيرِ بَيْعِهِ مِنْ أَجْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَوَضًا عَنْ ذَلِكَ ، لَمَا جَازَ جَعْلُهُ
مِنَ الثَّمَنِ ، فِي حَالِ الشُّرَاءِ ، وَلِأَنَّ الْاِنْتِظَارَ بِالْبَيْعِ لَا تَجُوزُ الْمُعَاوَضَةُ عَنْهُ ، وَلَوْ
جَازَتْ لَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ ، كَمَا فِي الْإِجَارَةِ .

٧٦٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ : بَعْتُكَ بِكَذَا عَلَى أَنْ آخُذَ مِنْكَ الدِّينَارَ
بِكَذَا . لَمْ يَتَعَقَّدِ الْبَيْعُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ بَاعَهُ / بِذَهَبٍ ، عَلَى أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ دَرَاهِمَ بِصَرَفٍ
ذَكَرَاهُ)

ظ ٢٩/٥

وَجُمْلَتُهُ ، أَنَّ الْبَيْعَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِي الْعَقْدِ أَنْ يُصَارِفَهُ ^(١) بِالثَّمَنِ
الَّذِي وَقَعَ الْعَقْدُ بِهِ ، وَالْمُصَارَفَةُ عَقْدُ بَيْعٍ ، فَيَكُونُ بَيْعَتَانِ فِي بَيْعَةٍ . قَالَ أَحْمَدُ :
هَذَا مَعْنَاهُ ، وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ .
أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٢) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَرَوَى أَيْضًا عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ
عَمْرٍو ^(٣) ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَهَكَذَا كُلُّ مَا كَانَ فِي مَعْنَى هَذَا ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ :
بَعْتُكَ دَارِي هَذِهِ عَلَى أَنْ أُبَيْعَكَ دَارِي الْأُخْرَى بِكَذَا . أَوْ عَلَى أَنْ تُبَيْعَنِي دَارَكَ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « لَا يُصَارِفُهُ » .

(٢) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي النَّهْيِ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبُيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٣٩/٥ .
كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٦٠/٧ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي :
بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُوطَأُ ٦٦٣/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدُ ٤٣٢/٢ ،
٥٠٣ ، ٤٧٥ .

(٣) حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو سِيَاقِي فِي الْفَصْلِ الثَّانِي مِنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ .

أَوْ عَلَى أَنْ أُوجِرَكَ . أَوْ عَلَى أَنْ تُزَوَّجَنِي ابْنَتَكَ . أَوْ عَلَى أَنْ
 أُزَوِّجَكَ ابْنَتِي . ونحو هذا . فهذا كله لا يصح . قال ابن مسعود : الصَّفَقَتَانِ فِي
 صَفَقَةٍ رَبًّا . وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي ، وجمهور العلماء . وجوزَه مالك ،
 وقال : لا أَلْتَفِتُ إِلَى اللَّفْظِ الْفَاسِدِ ، إِذَا كَانَ مَعْلُومًا حَلَالًا ، فَكَأَنَّهُ بَاعَ السِّلْعَةَ
 بِالْدَّرَاهِمِ الَّتِي ذَكَرَ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا بِالْذَّنَانِيرِ . وَلَنَا ، الْخَبَرُ ، وَأَنَّ النَّهْيَ يَقْتَضِي الْفَسَادَ ،
 وَلِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَجِبُ بِالشَّرْطِ ؛ لِكُونِهِ لَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ ، فَيَسْقُطُ ، فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ ؛
 لِأَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يَرْضَ بِهِ ، إِلَّا بِذَلِكَ الشَّرْطِ ، فَإِذَا فَاتَ الرِّضَى بِهِ ، وَلِأَنَّهُ شَرَّطَ عَقْدًا
 فِي عَقْدٍ ، فَلَمْ^(٤) يَصِحَّ ، كِنِكَاحِ الشُّغَارِ ، وَقَوْلِهِ^(٥) : لَا أَلْتَفِتُ إِلَى اللَّفْظِ . لَا
 يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ هُوَ اللَّفْظُ ، فَإِذَا كَانَ فَاسِدًا فَكَيْفَ يَكُونُ صَحِيحًا . وَيَتَخَرَّجُ
 أَنَّ يَصِحَّ الْبَيْعُ ، وَيَفْسُدُ الشَّرْطُ ، بِنَاءً عَلَى مَا لَوْ شَرَّطَ مَا يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، كَمَا
 سَبَقَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَقَدْ رَوَى فِي تَفْسِيرِ بَيَعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، وَجَهٌ آخَرُ ، وَهُوَ أَنَّ يَقُولُ : بِعْتُكَ
 هَذَا الْعَبْدَ بِعَشْرَةِ نَقْدًا ، أَوْ بِخَمْسَةِ عَشَرَ نَسِيئَةً ، أَوْ بِعَشْرَةِ مَكْسَرَةٍ ، أَوْ تِسْعَةٍ
 صِحَاحًا . هَكَذَا فَسَّرَهُ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَهُوَ أَيْضًا بَاطِلٌ . وَهُوَ قَوْلُ
 الْجُمْهُورِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْزِمْ لَهُ بَيْعَ وَاحِدٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ هَذَا أَوْ هَذَا .
 وَلِأَنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، / كَالْبَيْعِ بِالرَّقْمِ الْمَجْهُولِ . وَلِأَنَّ أَحَدَ^(٦)
 الْعَوَظَيْنِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ ، وَلَا مَعْلُومٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ أَحَدَ عَبِيدِي .
 وَقَدْ رَوَى عَنْ طَاوُسٍ ، وَالْحَكَمِ ، وَحَمَادٍ ، أَنَّهُمْ قَالُوا : لَا بَأْسَ أَنْ يَقُولَ : أُبَيْعُكَ
 بِالنَّقْدِ بَكْذَا ، وَبِالنَّسِيئَةِ بَكْذَا . فَيَذْهَبُ عَلَى أَحَدِهِمَا . وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ جَرَى
 بَيْنَهُمَا بَعْدَ مَا يَجْرَى فِي الْعَقْدِ ، فَكَأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ قَالَ : أَنَا آخُذُهُ بِالنَّسِيئَةِ بَكْذَا . فَقَالَ :

(٤) فِي م : « لَمْ » .

(٥) أَيْ الْإِمَامُ مَالِكٌ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « أَخَذَ » .

تُحْذَرُ ، أَوْ قَدْ رَضِيَتْ . وَنَحْوَ ذَلِكَ . فَيَكُونُ هَذَا عَقْدًا كَافِيًا . وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مَا يَقُومُ مَقَامَ الْإِجَابِ ، أَوْ يَدُلُّ عَلَيْهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ مَا مَضَى مِنَ الْقَوْلِ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ إِجَابًا ؛ لَمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ فِي مَنْ قَالَ : إِنْ خِطَبْتَهُ الْيَوْمَ فَلَكَ دِرْهَمٌ ، وَإِنْ خِطَبْتَهُ غَدًا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ : إِنَّهُ يَصِحُّ . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْحَقَ بِهِ هَذَا الْبَيْعُ ، فَيُخَرَّجَ وَجْهًا فِي الصَّحَّةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعَقْدَ ثُمَّ يُمَكِّنُ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِكَوْنِهِ جُعَالَةً يَحْتَمِلُ فِيهَا الْجَهَالَةَ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ . وَلِأَنَّ الْعَمَلَ الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ الْأَجْرَةَ لَا يُمَكِّنُ وَقُوعَهُ إِلَّا عَلَى إِحْدَى الصَّفَقَتَيْنِ ، فَتَتَعَيَّنُ الْأَجْرَةُ الْمُسَمَّاةُ عَوَضًا لَهُ ، فَلَا يُفْضَى إِلَى التَّنَازُعِ ، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ .

فصل : وَلَوْ بَاعَهُ بِشَرْطٍ أَنْ يُسَلِّفَهُ أَوْ يُقْرِضَهُ ، أَوْ شَرَطَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ عَلَيْهِ ، فَهُوَ مُحَرَّمٌ وَالْبَيْعُ بَاطِلٌ . وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، إِلَّا أَنَّ مَالِكًا قَالَ : إِنْ تَرَكَ مُشْتَرِي السَّلَفِ السَّلَفَ ، صَحَّ الْبَيْعُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ ، وَعَنْ بَيْعٍ مَا لَمْ يُقْبَضْ ، وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، وَعَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ ، وَعَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ . أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ^(٧) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَفِي لَفْظٍ : « لَا يَحِلُّ بَيْعُ وَسَلَفٍ » . وَلِأَنَّهُ اشْتَرَطَ عَقْدًا فِي عَقْدٍ ، فَفَسَدَ ، كَبَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَلِأَنَّهُ إِذَا اشْتَرَطَ الْقَرْضَ زَادَ فِي الثَّمَنِ لِأَجَلِهِ ، فَتَصِيرُ الزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ عَوَضًا عَنِ الْقَرْضِ ، وَرِبْحًا لَهُ ، وَذَلِكَ رَبًّا مُحَرَّمًا ، فَفَسَدَ ، كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِهِ . وَلِأَنَّهُ بَيْعٌ فَاسِدٌ ، فَلَا يَعُودُ صَحِيحًا ، كَمَا لَوْ بَاعَ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ ، ثُمَّ تَرَكَ أَحَدَهُمَا .

(٧) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابٍ فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٥٤/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابٍ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٤٢/٥ . كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابٍ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْبَائِعِ ، وَبَابٍ سَلَفَ وَيَبِيعُ ... ، وَبَابٍ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٢٥٤/٧ ، ٢٥٩ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ... ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٧٣٧/٢ ، ٧٣٨ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي النَّهْيِ عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٥٣/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكِ ١٧٥/٢ ، ١٧٩ ، ٢٠٥ .

فصل : وإذا / جَمَعَ بين عَقْدَيْنِ مُخْتَلَفِي الْقِيَمَةِ بِعَوَضٍ وَاحِدٍ ، كَالصَّرْفِ ،
وَبِيعَ مَا يَجُوزُ التَّفَرُّقُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَالبَّيْعِ ، وَالتَّكَاحِرِ ، أَوْ الْإِجَارَةِ . نَحْوُ أَنْ
يَقُولَ : بَعْتُكَ هَذَا الدِّينَارَ ، وَهَذَا الثَّوْبَ ، بَعِشْرِينَ دِرْهَمًا . أَوْ بَعْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ،
وَأَجَرْتُكَ الْأُخْرَى بِأَلْفٍ . أَوْ بَاعَهُ سَيْفًا مُحَلًى بِالذَّهَبِ بِفِضَّةٍ . أَوْ زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي
وَبَعْتُكَ عَبْدَهَا بِأَلْفٍ . صَحَّ الْعَقْدُ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا عَيْنَانِ يَجُوزُ اخْتِذُ الْعَوَضِ عَنْ كُلِّ
وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُتَفَرِّدَةً ، فَجَازَ اخْتِذُ الْعَوَضِ عَنْهُمَا مُجْتَمِعَتَيْنِ ، كَالْعَبْدَيْنِ . وَهَذَا أَخَذُ
قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِي ذَلِكَ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ . وَهُوَ الْقَوْلُ
الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُمَا مُخْتَلِفٌ ؛ فَإِنَّ الْمَبِيعَ يُضْمَنُ بِمَجَرَّدِ الْبَيْعِ ،
وَإِلْجَارَةِ بَخْلَافِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِمَا إِذَا بَاعَ شِقْصًا وَسَيْفًا ، فَإِنَّهُ
يَصِحُّ مَعَ اخْتِلَافِ حُكْمِهِمَا بِوُجُوبِ الشُّفْعَةِ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَأَمَّا إِنْ جَمَعَ
بَيْنَ الْكِتَابَةِ وَالْبَيْعِ ، فَقَالَ : كَا تَبْتُكَ وَبَعْتُكَ عَبْدِي هَذَا بِأَلْفٍ ، فِي ^(٨) كُلِّ شَهْرٍ
مِائَةً . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَّبَ قَبْلَ تَمَامِ الْكِتَابَةِ عَبْدٌ قِنْ ، فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ
مِنْ سَيِّدِهِ شَيْئًا ، وَلَا يَثْبُتَ لِسَيِّدِهِ فِي ذِمَّتِهِ ثَمَنٌ . وَإِذَا بَطَلَ الْبَيْعُ ، فَهَلْ يَصِحُّ فِي
الْكِتَابَةِ بِقَسْطِهَا ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ، نَذَكُرُهُمَا فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَسَوَّى أَبُو الْخَطَّابِ
بَيْنَ هَذِهِ الصُّورِ وَبَيْنَ الصُّورِ الَّتِي قَبْلَهَا ، فَقَالَ : فِي الْكُلِّ وَجْهَانِ . وَالَّذِي ذَكَرْنَاهُ
إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى أَوْلَى .

فصل : فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَمَعْنَاهُ أَنْ يَبِيعَ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، وَمَا لَا يَجُوزُ ،
صَفَقَةً وَاحِدَةً ، بِثَمَنِ وَاحِدٍ . وَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَبِيعَ مَعْلُومًا
وَمَجْهُولًا ، كَقَوْلِهِ : بَعْتُكَ هَذِهِ الْفَرَسَ ، وَمَا فِي بَطْنِ هَذِهِ الْفَرَسِ الْأُخْرَى بِأَلْفٍ .
فَهَذَا الْبَيْعُ بَاطِلٌ بِكُلِّ حَالٍ ، وَلَا أَعْلَمُ فِي بُطْلَانِهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ الْمَجْهُولَ لَا يَصِحُّ
بَيْعُهُ لِجَهَالَتِهِ ، وَالْمَعْلُومَ مَجْهُولُ الثَّمَنِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ؛ لِأَنَّ مَعْرِفَتَهُ إِنَّمَا
تَكُونُ بِتَقْسِيطِ الثَّمَنِ عَلَيْهِمَا ، وَالْمَجْهُولُ لَا يُمْكِنُ تَقْوِيمُهُ ، فَيَتَعَذَّرُ التَّقْسِيطُ .

(٨) سقط من : م .

الثاني ، أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، كعبدٍ مُشترَكٍ بينه وبين غيره ، باعه كله بغير إذن / شريكه ، وكقفيزين من صبرةٍ واحدةٍ باعهما من لا يملك إلا بعضهما ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يصح في ملكه بقسطه من الثمن ، ويفسد فيما لا يملكه . والثاني ، لا يصح فيهما . وأصل الوجهين ، أن أحد نص في من تزوج حرةً ، وأمةً ، على روايتين ؛ إحداهما ، يفسد فيهما . والثانية ، يصح في الحرة . والأولى أنه يصح فيما يملكه ، وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وهو أحد قولَي الشافعي ، وقال في الآخر : لا يصح . وهو قول أبي ثور ؛ لأن الصفة جمعت حلاً وحراماً ، فعلب التحريم ، ولأن الصفة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه ، بطلت في الكل ، كالجمع بين الأختين ، وبيع ذرهم بذرهمين . ولنا ، أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً ، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه ، كما لو باع شقصاً وسيفاً . ولأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه ، فصح ، كما لو انفرد . ولأن البيع سبب اقتضى الحكم في محلين ، وامتنع حكمه في أحد المحلّين ؛ لثبوته عن قبوله ، فيصح في الآخر ، كما لو أوصى بشيء لآدمي وبهيمة ، وأما الذرهمان والأختان ، فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر ، فلذلك فسد فيهما ، وههنا بخلافه . القسم الثالث ، أن يكون المبيعان معلومين ، مما لا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، كعبدٍ وحرٍّ ، وخُلٍّ وخميرٍ ، [وعبده ^(٩) وعبد غيره وعبد حاضر وأبق ، فهذا يطلّ البيع فيما لا يصح بيعه ، وفي الآخر روايتان . نقل صالح عن أبيه في من اشترى عبدتين ، فوجد أحدهما حراً ، رجع بقيمته من الثمن . ونقل عنه مهنا في من تزوج امرأة على عبدتين ، فوجد أحدهما حراً ، فلها قيمة العبدتين ، فأبطل الصداق فيهما جميعاً . وللشافعي قولان ، كالروايتين . وأبطل مالك العقد فيهما ، إلا أن يبيع ملكه ، وملك غيره ، فيصح في ملكه ، ويقف في ملك غيره على الإجازة . ونحوه قول أبي حنيفة ؛ فإنه قال : إن كان أحدهما لا يصح بيعه بنص ، أو إجماع ، كالحر والخمير ، لم يصح العقد

(٩) تكملة يصح بها السياق .

فيهما / ، وإن لم يثبت بذلك ، كملكه وملك غيره ، صح فيما يملكه ؛ لأن ما
 اختلف^(١٠) فيه يمكن أن يلحقه حكم الإجازة ، بحكم حاكم ، بصحة بيعه .
 وقال أبو ثور : لا يصح بيعه ؛ لما تقدم في القسم الثاني ، ولأن الثمن مجهول ؛
 لأنه إنما يتبين بالتقسيط للثمن على القيمة ، وذلك مجهول في الحال ، فلم^(١١)
 يصح البيع به ، كما لو قال : بعثك هذه السلعة برقمها ، أو بحصته^(١٢) من رأس
 المال . ولأنه لو صرح به ، فقال : بعثك هذا بقسطه من الثمن . لم يصح . فكذا
 إذا لم يصرح . وقال من نصر الرواية الأولى : إنه متى سمى ثمنًا في مبيع يسقط
 بعضه ، لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة ، كما لو وجد بعض المبيع مبيعًا ، فأخذ
 أرشه . والقول بالفساد في هذا القسم أظهر ، إن شاء الله . والحكم في الرهن ،
 والهبة ، وسائر العقود ، إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز ، كالحكم في البيع ،
 إلا أن الظاهر فيها الصحة ؛ لأنها ليست عقود معاوضة ، فلا توجد جهالة العوض
 فيها .

**فصل : وإن وقع العقد على مكيل ، أو مؤزون ، فتلف بعضه قبل قبضه ، لم
 يفسخ العقد في الباقي . رواية واحدة .** ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن ؛
 لأن العقد وقع صحيحًا ، فذهب بعضه لا^(١٣) يفسخه ، كما بعد القبض ، وكما لو
 وجد أحد المبيعين مبيعًا فردّه ، أو أقال أحد المتبايعين الآخر في بعض المبيع .

**فصل : وإن كان لرجلين عبدان ، لكل واحد عبد ، فباعهما صفقة واحدة
 بثمن واحد ، أو وكل أحدهما صاحبه ، فباعهما بثمن واحد ، ففيه وجهان ؛
 أحدهما ، يصح فيهما^(١٤) ، ويتقسط العوض على قدر قيمتهما . وهو**

(١٠) في الأصل : « اختلفت » . والمثبت من الشرح الكبير .

(١١) في م : « فلم لا » .

(١٢) في م : « بحصة » .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) سقط من : الأصل .

قول مالك ، وأبي حنيفة ، وأحد قولَي الشافعي ؛ لأنَّ جُمْلَةَ الثَّمَنِ مَعْلُومَةٌ ، فَصَحَّ كما لو كانا لرجُلٍ واحدٍ ، وكألو باعا عبداً واحداً لهما ، أو قَفِيزَيْنِ مِنْ صَبْرَةٍ وَاحِدَةٍ . والثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَهُوَ مَجْهُولٌ عَلَى مَا قَدَّمْنَا . وَفَارَقَ مَا إِذَا كَانَ / لِرَجُلٍ وَاحِدٍ ؛ فَإِنَّ جُمْلَةَ الْمَبِيعِ مُقَابِلَةٌ بِجُمْلَةِ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ تَقْسِيطٍ ، وَالْعَبْدُ الْمُشْتَرَكُ وَالْقَفِيزَانِ ، يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَيْهِمَا بِالْأَجْزَاءِ ، فَلَا جَهَالَةٌ فِيهِ .

فصل : ومتى حَكَمْنَا بِالصَّحَّةِ فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ، وَكَانَ الْمُشْتَرِي عَالِمًا بِالْحَالِ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، مِثْلُ أَنْ اشْتَرَى عَبْدًا يَظُنُّهُ كُلَّهُ لِلْبَائِعِ ، فَبَانَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا نِصْفَهُ ، أَوْ عَبْدَيْنِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا أَحَدَهُمَا ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْسَاكِ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَبَعُّضَتْ عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْبَائِعُ فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عَمَّا يَجُوزُ بَيْنَهُ بِقِسْطِهِ . وَلَوْ وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى شَيْئَيْنِ يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبْضِ فِيهِمَا ، فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بَيْنَ إِمْسَاكِ الْبَاقِي بِحَصَّتِهِ ، وَبَيْنَ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ مَا قَبْلَ الْقَبْضِ ، فِي كَوْنِ الْمَبِيعِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ ، حُكْمُ مَا قَبْلَ الْعَقْدِ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، لَمَلَّكَ الْمُشْتَرِي الْفَسْخَ بِهِ .

٧٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَيَتَجَرُّ الْوَصِيُّ بِمَالِ الْيَتِيمِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَالرَّبْحُ كُلُّهُ لِلْيَتِيمِ . فَإِنْ أَعْطَاهُ لِمَنْ يُضَارِبُ لَهُ بِهِ ، فَلِلْمُضَارِبِ مِنَ الرَّبْحِ مَا وَافَقَهُ الْوَصِيُّ عَلَيْهِ)

وَجُمْلَتُهُ ، أَنَّ لَوْلَى الْيَتِيمِ أَنْ يُضَارِبَ بِمَالِهِ ، وَأَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى مَنْ يُضَارِبُ لَهُ بِهِ ، وَيَجْعَلَ لَهُ نَصِيبًا مِنَ الرَّبْحِ ، أَبَا كَانَ ، أَوْ وَصِيًّا ، أَوْ حَاكِمًا ، أَوْ أَمِينًا حَاكِمًا ، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ تَرْكِهِ . وَمِمَّنْ رَأَى ذَلِكَ ابْنُ عَمَرَ ، وَالتَّحَوُّيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَيُرْوَى إِبَاحَةُ التَّجَارَةِ بِهِ ^(١)

(١) سقط من : الأصل .

عن عمر ، وعائشة ، والضحاك^(٢) . ولا نعلم أحداً كرهه ، إلا ما روى عن الحسن ، ولعله أراد اجتناب المخاطرة به^(٣) . ولأن خزنه أحفظ له ، والذي عليه الجمهور أولى ؛ لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن النبي ﷺ قال : « مَنْ وَلِيَ يَتِيماً لَهُ مَالٌ فَلْيَتَجَرَّ لَهُ ، وَلَا يَتْرُكْهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ »^(٤) . وروى ذلك عن عمر بن الخطاب^(٥) ، رضى الله عنه ، وهو أصح من المرفوع . ولأن ذلك أحفظ للمولى عليه ؛ لتكون نفقته من فاضله وربحه ، كما يفعل البائعون^(٦) في أموالهم ، وأموال من يعز عليهم من أولادهم ، إلا أنه لا يتجر إلا في المواضع / الآمنة ، ولا يدفعه إلا لأمين^(٧) ، ولا يغرر بماله . وقد روى عن عائشة ، رضى الله عنها ، أنها أبضعت مال محمد بن أبى بكر في البحر . فيحتمل أنه كان في موضع مأمون قريب من الساحل ، ويحتمل أنها جعلت^(٨) ضمانه عليها ، إن هلك غرمته . فمتى اتجر في المال بنفسه ، فالربح كله لليتيم ، وأجاز الحسن بن صالح ، وإسحاق ، أن يأخذ^(٩) الوصى مضاربة لنفسه ؛ لأنه جاز له^(١٠) أن يدفعه بذلك إلى غيره ، فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه . والصحيح ما قلنا ؛ لأن الربح نماء مال اليتيم ، فلا يستحقه

٣٢/٥ ظ

(٢) أبو القاسم الضحاك بن مزاحم الهلالى ، روى عن ابن عمر ، وابن عباس ، وأبى هريرة ، وغيرهم . وقيل لم يثبت له سماع من أحد من الصحابة ، توفى سنة ست ومائة . تهذيب التهذيب ٤/٤٥٣ ، ٤٥٤ .
(٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى زكاة مال اليتيم ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣/١٣٦ . والبيهقى ، فى : باب من تجب عليه الصدقة ، من كتاب الزكاة . وباب تجارة الوصى بمال اليتيم أو إقراضه ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٤/١٠٧ ، ٢/٦ . والدارقطنى ، فى : باب وجوب الزكاة فى مال الصبى واليتيم ، من كتاب الزكاة . سنن الدارقطنى ٢/١٠٩ ، ١١٠ .

(٥) حديث عمر ، أخرجه البيهقى ، فى البابين نفسيهما . والدارقطنى ، فى الباب نفسه . سنن الدارقطنى ٢/١١٠ .

(٦) فى الأصل : « البائعون » .

(٧) فى م : « الأمين » .

(٨) فى م : « جعلته من » .

(٩) فى م : « يأخذه » .

(١٠) سقط من : م .

غيره إلا بعقد ، ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه ، فأما إن دفعه إلى غيره ، فللمضارب ما جعله له الولي ، ووافق عليه ، أى اتفقا عليه في قولهم جميعاً ؛ لأن الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته ، وهذا فيه مصلحته ، فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله .

فصل : ويجوز لولي اليتيم إضاع ماله . ومعناه ؛ دفعه إلى من يتجر به ، والربح كله لليتيم . وقد روى عن عائشة ، رضى الله عنها ، أنها أبضعت مال محمد بن أبى بكر . ولأنه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه ، فدفعه إلى من يوفر الربح أولى . ويجوز أن يشتري له العقار ؛ لأنه مصلحة له ، فإنه يحصل^(١١) منه الفضل ، ويبقى الأصل ، والعرف فيه أقل من التجارة ؛ لأن أصله محفوظ . ويجوز أن يبنى له عقاراً ؛ لأنه في معنى الشراء ، إلا أن يكون الشراء أحظ ، وهو ممكن ، فيتعين تقديمه . وإذا أراد البناء ، بناه بما يرى الحظ في البناء به . وقال أصحابنا : يبنى بالآجر والطين ، ولا يبنى باللبن ؛ لأنه إذا هدم لا مرجوع له ، ولا بجص ؛ لأنه يلتصق بالآجر ، فلا يتخلص منه ، فإذا هدم فسد الآجر ؛ لأن تخليصه منه يفضى إلى كسره . وهذا مذهب الشافعى . والذى قلناه أولى ، إن شاء الله تعالى ، فإنه إذا كان الحظ له في البناء بغيره ، فتركه ، ضيع حظه وماله ، ولا يجوز تضييع الحظ العاجل ، وتحمل الضرر الناجز المتيقن ، لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم البناء ، ولعل ذلك / لا يكون في حياته ، ولا يحتاج إليه ، مع أن كثيراً من البلدان لا يوجد فيها الآجر ، وكثير منها لم تجر عادتهم بالبناء به ، فلو كلّفوا البناء به ، لاحتاجوا إلى غرامة كثيرة ، لا يحصل منها طائل . وقول أصحابنا يختص من عادتهم البناء بالآجر ، كالعراق ونحوها ، فلا يصح في حق غيرهم .

فصل : ولا يجوز بيع عقاره لغير حاجة ؛ لأننا نأمره بالشراء لما فيه من الحظ ،

(١١) في الأصل : « يحتمل » .

فَيَكُونُ بَيْنَهُ تَفْوِيتًا لِلْحَظِّ . فَإِنْ اِحتِيجَ إِلَى بَيْعِهِ ، جازَ . ثَقَلُ أَبُو دَاوُدَ عَنْ أَحْمَدَ :
يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ بَيْعُ الدُّورِ عَلَى الصَّغَارِ ، إِذَا كَانَ نَظَرًا^(١٢) لَهُمْ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَإِسْحَاقُ ، قَالُوا : يَبِيعُ إِذَا رَأَى الصَّلَاحَ . قَالَ
الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي مَوْضِعَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ بِهِ ضَرُورَةٌ إِلَى كِسْوَةٍ ، أَوْ
نَفَقَةٍ ، أَوْ قَضَاءِ دَيْنٍ ، أَوْ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ مَا تَنْدَفِعُ بِهِ حَاجَتُهُ . الثَّانِي ، أَنْ
يَكُونَ فِي بَيْعِهِ غِبْطَةٌ ؛ وَهُوَ أَنْ يُدْفَعَ فِيهِ زِيَادَةٌ كَثِيرَةٌ عَلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ . قَالَ أَبُو
الْحَطَّابِ : كَالثُلُثِ وَنَحْوِهِ . أَوْ يَخَافُ عَلَيْهِ الْهَلَاكُ بِغَرَقٍ أَوْ خَرَابٍ ، أَوْ نَحْوِهِ .
وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَكَلَامُ أَحْمَدَ يَقْتَضِي إِبَاحَةَ الْبَيْعِ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ يَكُونُ نَظَرًا
لَهُمْ ، وَلَا يَخْتَصُّ بِمَا ذَكَرُوهُ . وَقَدْ يَرَى الْوَلِيُّ الْحَظَّ فِي غَيْرِ هَذَا ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ
فِي مَكَانٍ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ ، أَوْ نَفْعُهُ قَلِيلٌ ، فَيَبِيعُهُ وَيَشْتَرِي لَهُ فِي مَكَانٍ يَكْثُرُ نَفْعُهُ ، أَوْ
يَرَى شَيْئًا فِي شِرَائِهِ غِبْطَةٌ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ شِرَاؤُهُ إِلَّا بَيْعَ عَقَارِهِ . وَقَدْ تَكُونُ دَارُهُ فِي
مَكَانٍ يَتَضَرَّرُ الْعِلَامُ بِالْمَقَامِ فِيهَا ، لِسُوءِ الْجَوَارِ أَوْ غَيْرِهِ ، فَيَبِيعُهَا ، وَيَشْتَرِي لَهُ
بِثَمَنِهَا دَارًا يَصْلُحُ لَهُ الْمَقَامُ بِهَا ، وَأَشْبَاهُ هَذَا مِمَّا لَا يَنْحَصِرُ . وَقَدْ لَا يَكُونُ لَهُ حَظٌّ
فِي بَيْعِ عَقَارِهِ ، وَإِنْ دُفِعَ فِيهِ^(١٣) مِثْلًا ثَمَنِهِ ، إِمَّا لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، وَإِمَّا لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ
صَرَفُ ثَمَنِهِ فِي مِثْلِهِ ، فَيَضِيعُ الثَّمَنُ ، وَلَا يُبَارَكُ فِيهِ . فَقَدْ جَاءَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ :
« مَنْ بَاعَ دَارًا ، أَوْ عَقَارًا ، وَلَمْ يَصْرِفْ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ ، لَمْ يُبَارَكْ لَهُ فِيهِ »^(١٤) . فَلَا
يَجُوزُ بَيْعُهُ إِذَا ، فَلَا مَعْنَى لَتَقْيِيدِهِ بِمَا ذَكَرُوهُ فِي الْجَوَارِ ، وَلَا فِي الْمَنْعِ ، بَلْ مَتَى كَانَ
بَيْنَهُ أَحَظُّ لَهُ ، جازَ^(١٥) بَيْعُهُ ، وَإِلَّا^(١٥) فَلَا .

(١٢) النَّظَرُ : الْإِعَانَةُ ، وَيُعَدَّى بِاللَّامِ . تاج العروس (ن ظ ر) .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « فِيهَا » .

(١٤) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ عَقَارًا وَلَمْ يَجْعَلْ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ ، مِنْ كِتَابِ الرَّهُونِ . سَنَّ ابْنُ مَاجَهَ
٨٣٢/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ دَارًا فَلَمْ يَجْعَلْ ثَمَنَهَا فِي مِثْلِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَّ الدَّارِمِيُّ
٢٧٣/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي الْمُسْنَدِ ٣٠٧/٤ .

(١٥ - ١٥) فِي الْأَصْلِ : « وَمَا » .

فصل : ويجوز لولي / اليتيم كتابة رقيق اليتيم ، وإعتاقه على مال ، إذا كان الحظ فيه ، مثل أن تكون قيمته ألفاً ، فيكاتبه بالفتن ، ^(١٦) أو يعتقه بالفتن ^(١٧) . فإن لم يكن فيها حظ ، لم يصح . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يجوز إعتاقه ؛ لأن الإعتاق بمال تعليق له على شرط ، فلم يملكه ولي اليتيم ، كالتعليق على دخول الدار . وقال الشافعي : لا تجوز كتابته ، ولا إعتاقه ؛ لأن المقصود منهما العتق ، دون المعاوضة ، فلم تجز ، كإعتاق بغير عوض . ولنا ، أنها معاوضة لليتيم فيها حظ ، فملكها وليه ، كبيعته ، ولا عبرة بنفع العبد ، ولا يضره كونه تعليقاً ، فإنه إذا حصل الحظ لليتيم ، لا يضره نفع غيره ، ولا كون العتق حصل بالتعليق ، وفارق ما قاسوا عليه ؛ فإنه لا نفع فيه ، فمنع منه ، لعدم الحظ ، وانتفاء المقتضى ، لا لما ذكره . ولو قدر أن يكون في العتق بغير مال نفع ، كان نادراً . ويتوجه أن يصح . قال أبو بكر : يتوجه العتق بغير عوض للحظ ، مثل أن يكون لليتيم جارية وأبنتها ، يساويان مائة مجتمعتين ، ولو أفردت إحداها ساوث مائتين ، ولا يمكن إفرادها بالبيع ، فيعتق الأخرى ، لتكثر قيمة الباقية ، فتصير ضعف قيمتها .

فصل : قال أحمد : ويجوز للوصي أن يشتري لليتيم أضحية ، إذا كان له مال . يعنى مالا كثيراً لا يتضرر بشراء الأضحية ، فيكون ذلك ، على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم ، الذي هو عيد ، ويوم فرح ، وفيه جبر قلبه ، وتطيبه ، وإلحاقه بمن له أب ، فينزل منزلة ^(١٧) الثياب الحسنة وشراء اللحم ، سيما مع استحباب التوسعة في هذا اليوم ، وجري العادة بها ^(١٨) ؛ بدليل قول النبي ﷺ : « إنها أيام أكل ، وشرب ، وذكر لله عز وجل » . رواه مسلم ^(١٩) . ومتى كان خلط مال

(١٦ - ١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) في الأصل : « بمنزلة » .

(١٨) في م : « فيها » .

(١٩) تقدم تخريجه عند مسلم ، من حديث نبیة الهدلى ، في : ٤٢٥/٤ . وانظر ما أخرجه مسلم ، في الباب

نفسه . صحيح مسلم ٨٠١/٢ .

الْيَتِيمِ أَرْفَقَ بِهِ ، وَالْيَتِيمَ فِي الْخُبْرِ ، وَأَمَكَنَ فِي حُصُولِ الْأَذْمِ ، فَهُوَ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ
إِفْرَادُهُ أَرْفَقَ بِهِ أَفْرَدَهُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ
وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ / شَاءَ اللَّهُ لَأَغْنَتْكُمُ
إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ (٢٠) . أَيْ ضَيَّقَ عَلَيْكُمْ وَشَدَّدَ ، مِنْ قَوْلِهِمْ : أَعْنَتْ فَلَانٌ
فُلَانًا . إِذَا ضَيَّقَ عَلَيْهِ وَشَدَّدَ . وَعَنْتَ الرَّجُلَ ، إِذَا ضَلَعْتَ (٢١) . وَيَجُوزُ لِلْوَصِيِّ
تَرْكُ الصَّبِيِّ فِي الْمَكْتَبِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ . وَحُكِيَ لِأَحْمَدَ قَوْلُ سُفْيَانَ : لَا يُسَلَّمُ
الْوَصِيُّ الصَّبِيَّ إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ . فَأَتَكَرَّ ذَلِكَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَكْتَبَ مِنْ مَصَالِحِهِ ،
فَجَرَى مَجْرَى نَفَقَتِهِ ، وَلَمَّا كُوِّلَهُ ، وَمَشْرُوبِهِ ، وَمَلْبُوسِهِ . وَكَذَلِكَ يَجُوزُ لَهُ إِسْلَامُهُ
فِي صِنَاعَةٍ ، إِذَا كَانَتْ مَصْلَحَتُهُ فِي ذَلِكَ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا كَانَ الْوَلِيُّ مُوسِرًا ، فَلَا يَأْكُلُ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ شَيْئًا إِذَا لَمْ يَكُنْ أَبًا ؛
لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ﴾ (٢٢) . وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا ، فَلَهُ أَقْلُ
الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ أَجْرَتِهِ ، أَوْ قَدْرِ كِفَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ بِالْعَمَلِ وَالْحَاجَةِ جَمِيعًا ، فَلَمْ

= وما أخرجه أبو داود ، في : باب صيام أيام التشريق ، من كتاب الصوم ، وفي : باب في حبس لحوم
الأضاحي ، من كتاب الأضاحي . سنن أبي داود ٥٦٤/١ ، ٩٠/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية
الصوم في أيام التشريق ، من كتاب الصوم ، عارضة الأحوذى ٣٠١/٣ . والنسائي ، في : باب النهي عن
صوم يوم عرفة ، من كتاب المناسك . وفي : باب تفسير العترة ، من كتاب الفرع والعترة . وفي : باب
تأويل قوله عز وجل : ﴿ قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا ... ﴾ ، من كتاب الإيمان . المجتبى ٢٠٣/٥ ، ١٥٠/٧ ،
٩٢/٨ . وابن ماجه ، في : باب ما جاء في النهي عن صيام أيام التشريق ، من كتاب الصيام . سنن ابن ماجه
٥٤٨/١ . والدارمي ، في : باب في صيام يوم عرفة ، وباب النهي عن صيام أيام التشريق ، من كتاب الصوم .
سنن الدارمي ٢٣/٢ ، ٢٤ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في صيام أيام منى ، من كتاب الحج . الموطأ
٣٧٦/١ . والإمام أحمد ، في المسند ٧٦/١ ، ٩٢ ، ١٠٤ ، ٢٢٩/٢ ، ٣٨٧ ، ٥١٣ ، ٥٣٥ ، ٤١٥/٣ ،
٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٦٠ ، ٤٩٤ ، ١٥٢/٤ ، ٣٣٥ ، ٧٥/٥ ، ٧٦ ، ٢٢٤ .

(٢٠) سورة البقرة ٢٢٠ .

(٢١) الضَّلَعُ ، بالتحريك : الاغوجاج خِلْقَةً ، يكون في المَشَى مِنَ الْمَيْلِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ خِلْقَةً فَهُوَ الضَّلْعُ ،
بِسُكُونِ اللَّامِ ، نقول منه : ضَلَعَ بِالْكَسْرِ ، يَضْلَعُ ضَلْعًا ، وَهُوَ ضَلْعٌ . لسان العرب (ض ل ع) .

(٢٢) سورة النساء ٦ .

يَجْزُ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا مَا وَجَدَ فِيهِ . فَإِذَا أَكَلَ مِنْ ذَلِكَ الْقَدَرِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ ، فَإِنْ كَانَ أَبَا ،
 لَمْ يَلْزَمْهُ عَوَضُهُ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّ لِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ مَعَ الْحَاجَةِ
 وَعَدَمِهَا . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ الْأَبِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ عَوَضُ ذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ،
 لَا يَلْزَمُهُ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالتَّحْيِي ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ
 بِالْأَكْلِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ عَوَضٍ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ مَا أَمَرَ بِأَكْلِهِ ، وَلِأَنَّهُ عَوَضٌ مِنْ عَمَلِهِ
 فَلَمْ يَلْزَمْهُ بَدْلُهُ ، كَالْأَجِيرِ وَالْمُضَارِبِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَلْزَمُهُ عَوَضُهُ . وَهُوَ قَوْلُ عُبَيْدَةَ
 السُّلَمَانِيِّ ، وَعَطَاءٍ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، وَأَبِي الْعَالِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَبَاحَهُ
 بِالْحَاجَةِ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ ، فَلَزِمَهُ قَضَاؤُهُ ، كَالْمُضْطَرِّ إِلَى طَعَامٍ غَيْرِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛
 لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ إِذَا أَيْسَرَ ، لَكَانَ وَاجِبًا فِي الذِّمَّةِ قَبْلَ الْيَسَارِ ، فَإِنَّ الْيَسَارَ لَيْسَ
 بِسَبَبٍ لِلْجُوبِ ، فَإِذَا لَمْ يَجِبْ بِالسَّبَبِ ^(٢٣) ، الَّذِي هُوَ الْأَكْلُ ، لَمْ يَجِبْ بَعْدَهُ .
 وَفَارَقَ الْمُضْطَرُّ ؛ فَإِنَّ الْعَوَضَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فِي ذِمَّتِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَأْكُلْهُ عَوَضًا عَنْ شَيْءٍ ،
 وَهَذَا بِخِلَافِهِ .

فصل : فَأَمَّا قَرْضُ مَالِ الْيَتِيمِ ؛ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ حَظٌّ لَهُ ، لَمْ يَجْزُ قَرْضُهُ ، فَمَتَى
 أُمُكِّنَ / الرِّوَايَةُ التَّجَارَةَ بِهِ ، أَوْ تَحْصِيلَ عَقَارٍ لَهُ فِيهِ الْحَظُّ ، لَمْ يُقْرِضْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُفَوِّتُ
 الْحَظَّ عَلَى الْيَتِيمِ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ذَلِكَ ، وَكَانَ قَرْضُهُ حَظًّا لِلْيَتِيمِ ، جَازَ . قَالَ أَحْمَدُ :
 لَا يُقْرِضُ مَالَ الْيَتِيمِ لِأَحَدٍ يُرِيدُ مُكَافَأَتَهُ ، وَمَوَدَّتَهُ ، وَيُقْرِضُ عَلَى النَّظَرِ ، وَالشَّفَقَةِ ،
 كَمَا صَنَعَ ابْنُ عُمَرَ . وَقِيلَ لِأَحْمَدَ : إِنَّ عُمَرَ اسْتَقْرَضَ مَالَ الْيَتِيمِ . قَالَ : إِنَّمَا اسْتَقْرَضَ
 نَظْرًا لِلْيَتِيمِ ، وَاحْتِيَاظًا ، إِنْ أَصَابَهُ بِشَيْءٍ غَرِمَهُ . قَالَ الْقَاضِي : وَمَعْنَى الْحَظِّ أَنْ
 يَكُونَ لِلْيَتِيمِ ^(٢٤) مَالٌ فِي بَلَدِهِ ، فَيُرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ ، فَيُقْرِضْهُ مِنْ رَجُلٍ فِي ذَلِكَ
 الْبَلَدِ ، لِيَقْضِيَهُ بَدْلَهُ فِي بَلَدِهِ ، يَقْصِدُ بِذَلِكَ حِفْظَهُ مِنَ الْغَرَرِ فِي نَقْلِهِ ، أَوْ يَخَافُ
 عَلَيْهِ الْهَلَاكَ مِنْ نَهْبٍ ، أَوْ غَرَقٍ ، أَوْ نَحْوِهِمَا ، أَوْ يَكُونُ مِمَّا يَتَلَفُ بِتَطَاوُلِ مُدَّتِهِ ،

٣٤/٥ ظ

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « بِالسَّبَبِ » .

(٢٤) فِي الْأَصْلِ : « لِلصَّبِيِّ » .

أَوْ حَدِيثُهُ خَيْرٌ مِنْ قَدِيمِهِ ، كَالْحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا ، فَيُقْرِضُهُ خَوْفًا أَنْ يُسْوَسَ ، أَوْ تَنْقُصَ قِيَمَتُهُ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا ، فَيَجُوزُ الْقَرْضُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لِلْيَتِيمِ فِيهِ حَظٌّ فَجَازَ ، كَالْتِّجَارَةِ بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حَظٌّ ، وَإِنَّمَا قَصَدَ إِرْفَاقَ الْمُقْتَرِضِ ، وَقَضَاءَ حَاجَتِهِ ، فَهَذَا غَيْرُ جَائِزٍ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَالِ الْيَتِيمِ ، فَلَمْ يَجُزْ كِهَيْبَتِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْوَلِيُّ السَّفَرُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْمُسَافَرَةُ بِمَالِهِ ، وَقَرْضُهُ لِثِقَةِ أَمِينٍ أَوْلَى مِنْ إِيدَاعِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ لَا تُضْمَنُ إِذَا تَلَفَتْ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يَسْتَقْرِضُهُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ ، فَلَهُ إِيدَاعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعٌ حَاجَةٌ . وَلَوْ أَوْدَعَهُ مَعَ إِمْكَانِ قَرْضِهِ ، جَازَ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا رَأَى الْإِيدَاعَ أَحَظَّ لَهُ مِنَ الْقَرْضِ ، فَلَا يَكُونُ مُفَرِّطًا . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : لَهُ قَرْضُهُ . فَلَا يَجُوزُ إِلَّا لِمَلِيٍّ أَمِينٍ ، لِيَأْمَنَ جُحُودَهُ ، وَتَعَذَّرَ الْإِيفَاءُ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَ رَهْنًا إِنْ أَمْكَنَهُ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ أَخْذُ الرَّهْنِ ، جَازَ تَرْكُهُ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِمَّنْ يَسْتَقْرِضُهُ مِنْ أَجْلِ حَظِّ الْيَتِيمِ ، أَنَّهُ لَا يَنْذُلُ رَهْنًا ، فَاشْتِرَاطُ الرَّهْنِ يُفَوِّتُ هَذَا الْحَظَّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يُقْرِضُهُ إِذَا أَخَذَ بِالْقَرْضِ ^(٢٥) رَهْنًا . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يُقْرِضُهُ إِلَّا بِرَهْنٍ ؛ لِأَنَّ فِيهِ اخْتِيَاطًا لِلْمَالِ ، وَحِفْظًا لَهُ عَنِ الْجَحْدِ ، وَالْمَطْلِ . وَإِنْ أَمْكَنَهُ أَخْذُ الرَّهْنِ ، فَالْأَوْلَى / لَهُ أَخْذُهُ ، اخْتِيَاطًا عَلَى الْمَالِ ، وَحِفْظًا لَهُ ، فَإِنْ تَرَكَهَ اخْتَمَلَ أَنْ يَضْمَنَ إِنْ ضَاعَ الْمَالُ ؛ لِتَفْرِيطِهِ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يَضْمَنَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ سَلَامَتُهُ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لَكَوْنِهِ لَمْ يَذْكُرِ الرَّهْنَ .

و ٣٥/٥

فصل : قال أبو بكر : وهل يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على روايتين ؛ لأنه متصرف بالإذن في مال غيره ، فأشبه الوكيل . وقال القاضي : يجوز ذلك للوصي ، وفي الوكيل روايتان . وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان ، والوصي بخلافه .

(٢٥) في الأصل : « بالمعوض » .

فصل : وإذا ادَّعى الوليُّ الإنفاق على الصبيِّ، أو على ماله، أو عقاره، بالمعروف من ماله، أو ادَّعى أنَّه باع عقاره لحظه، أو بناءً لمصلحته، أو (٢٧) أنَّه تَلَفَ، قُبِلَ قوله. وقال أصحابُ الشافعيِّ: لا يُمضى الحَاكِمُ بَيْعَ الأَمِينِ والوصيِّ حتَّى يَثْبُتَ عنده الحَظُّ بَيِّنَةً، ولا يَقْبَلُ قولُهما في ذلك، وَيَقْبَلُ قولَ الأبِ والجَدِّ. ولنا، أنَّ مَنْ جازَ له بَيْعُ العقارِ، وشِراؤه لليتيم، يَجِبُ أنْ يُقْبَلَ قوله في الحَظِّ، كالأبِ والجَدِّ. ولأنَّه يُقْبَلُ قوله في عَدَمِ التَّفْرِيطِ فيما تَصَرَّفَ فيه مِن غيرِ العقارِ، فيُقْبَلُ قوله في العقارِ، كالأبِ. وإذا بَلَغَ الصبيُّ، فادَّعى أنَّه لاحتَظَّ له في البَيْعِ، لم يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةً، فإنْ لم تُكُنْ بَيِّنَةً، فالقولُ قولُ الوليِّ مع يَمِينِهِ. وإنْ قال الوليُّ: أنْفَقْتُ عَلَيْكَ مُنْذُ ثَلَاثِ سِنِينَ. وقال الغُلامُ: ما ماتَ أُنَى إِلَّا مُنْذُ سَتَتَيْنِ. فالقولُ قولُ الغُلامِ. ذَكَرَهُ القاضِي؛ لأنَّ الأصلَ حَيَاةُ والدِهِ، واختلافُهما في أمرٍ ليس الوصيُّ أَمِينًا فِيهِ، فكان القولُ قولَ مَنْ يُوَافِقُ قولُهُ الأصلَ.

فصل : قال أحمدُ: يجوزُ للوصيِّ البَيْعُ على الغائبِ البالغِ، إذا كان مِن طَرِيقِ النَّظَرِ. وقال أصحابُنا: يَجُوزُ للوصيِّ البَيْعُ على الصَّغَارِ والكِبَارِ، إذا كانت حُقوقُهم مُشْتَرَكَةً في عَقَارٍ في قَسْمِهِ إضرارًا، وبالصَّغَارِ حَاجَةً إِلَى البَيْعِ، إمَّا لِقَضَاءِ دَيْنٍ، أو مُؤَنَةٍ لَهُمْ. وقال أبو حنيفة، وابنُ أُنَى لَيْلَى: يجوزُ البَيْعُ، على الصَّغَارِ والكِبَارِ فيما لا بُدَّ مِنْهُ. ولعلَّهما أرادَا هذه الصُّورَةَ؛ لأنَّ في ذلك نَظْرًا للصَّغَارِ، واحتِياطًا لِلْمَيْتِ في قَضَاءِ دَيْنِهِ. وقال الشَّافِعِيُّ: لا يَصِحُّ بَيْعُهُ على الكِبَارِ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ في مالٍ غَيْرِهِ / مِن غَيْرِ وَكَالَةٍ، ولا وَلايَةٍ، فلم يَصِحَّ، كبيعِ ماله المُفْرَدِ، أو ما لا تَضُرُّ قِسْمَتُهُ. وهذا هو الصَّحِيحُ، وما ذَكَرُوهُ لا أَصْلَ لَهُ يُقَاسُ عَلَيْهِ، ويُعَارِضُهُ أنَّ فِيهِ ضَرَرًا عَلَى الكِبَارِ، بَبَيْعِ ما لَهُمْ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ. ولأنَّه لا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ غَيْرِ العقارِ، فلم يَجُزْ لَهُ بَيْعُ العقارِ، كالأجْنَبِيِّ.

ظ ٣٥/٥

(٢٦ - ٢٦) سقط من: الأصل. نقلة نظر.

(٢٧) سقط من: م.

فصل : وَيَصِحُّ تَصَرُّفُ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، فِيمَا أَذِنَ لَهُ الْوَلِيُّ فِيهِ .
 فِي إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَصِحُّ حَتَّى يَبْلُغَ . وَهُوَ
 قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكَلَّفٍ ، أَشْبَهَ غَيْرَ الْمُمَيِّزِ . وَلِأَنَّ الْعَقْلَ لَا يُمَكِّنُ الْوُقُوفَ
 مِنْهُ عَلَى الْحَدِّ الَّذِي يَصْلُحُ بِهِ التَّصَرُّفُ ؛ لَخَفَائِهِ ، وَتَزَايُدهُ تَزَايِدًا خَفِيًّا التَّذَرُّجَ ،
 فَجَعَلَ الشَّارِعُ لَهُ ضَابِطًا ، وَهُوَ الْبُلُوغُ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ أَحْكَامُ الْعُقْلَاءِ قَبْلَ وُجُودِ
 الْمَظْنَنَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَآبَتُلُوا آلَيْتُمْنِي حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ
 آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ (٢٨) . وَمَعْنَاهُ ؛ اخْتَبَرُوهُمْ لَتَعْلَمُوا
 رُشْدَهُمْ . وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ اخْتِبَارُهُمْ بِتَقْوِيضِ التَّصَرُّفِ إِلَيْهِمْ مِنَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ؛ لِيُعْلَمَ
 هَلْ يُعْبَنُ أَوْ لَا . وَلِأَنَّهُ عَاقِلٌ مُمَيِّزٌ ، مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، فَصَحَّ تَصَرُّفُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ،
 كَالْعَبْدِ . وَفَارَقَ غَيْرَ الْمُمَيِّزِ ، فَإِنَّهُ لَا تَحْصُلُ الْمَصْلَحَةُ بِتَصَرُّفِهِ ؛ لِعَدَمِ تَمْيِيزِهِ
 وَمَعْرِفَتِهِ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى اخْتِبَارِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عُلِمَ حَالُهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْعَقْلَ لَا يُمَكِّنُ
 الْإِطْلَاعَ عَلَيْهِ . قُلْنَا : يُعْلَمُ ذَلِكَ بِآثَارِ وَجَرِيَانِ تَصَرُّفَاتِهِ عَلَى وَفْقِ الْمَصْلَحَةِ ، كَمَا
 يُعْلَمُ فِي حَقِّ الْبَالِغِ ، فَإِنَّ مَعْرِفَةَ رُشْدِهِ ، شَرْطُ دَفْعِ مَالِهِ إِلَيْهِ ، وَصِحَّةُ تَصَرُّفِهِ ،
 كَذَا هُنَا . فَأَمَّا إِنْ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ،
 وَيَقِفَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَلِيِّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَمَبْنَى ذَلِكَ عَلَى مَا إِذَا تَصَرَّفَ فِي
 مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا هَا فِيهِمَا مَضَى . وَأَمَّا غَيْرُ الْمُمَيِّزِ ، فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ ،
 وَإِنْ أَذِنَ لَهُ الْوَلِيُّ فِيهِ ، إِلَّا فِي الشَّيْءِ الْيَسِيرِ ، كَمَا رَوَى عَنْ أَبِي الدَّرْدَاءِ ، أَنَّهُ اشْتَرَى
 مِنْ صَبِيٍّ عُصْفُورًا ، فَأَرْسَلَهُ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى .

٧٦٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَا اسْتَدَانَ الْعَبْدُ ، فَهُوَ فِي رَقَبَتِهِ يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ ، أَوْ
 يُسَلِّمُهُ ، فَإِنْ جَاوَزَ مَا اسْتَدَانَ قِيَمَتَهُ ، لَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِهِ / أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ ، إِلَّا
 أَنْ يَكُونَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، فَيَلْزَمُ مَوْلَاهُ جَمِيعُ مَا اسْتَدَانَ)

فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَرْبَعَةُ فُصُولٍ :

أَحَدُهَا ، فِي اسْتِدَانَةِ الْعَبْدِ ، يَعْنِي أَخْذَهُ بِالذِّينِ ، يُقَالُ : أَذَانَ وَاسْتِدَانَ وَتَدَيْنَ .
قَالَ الشَّاعِرُ :

يُؤْتِينِي فِي الدِّينِ قَوْمِي ، وَإِنَّمَا تَدَيَّنْتُ فِيمَا سَوْفَ يُكْسِبُهُمْ حَمْدًا^(١)
وَالْعَبِيدُ قِسْمَانِ ، مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، فَمَا لَزِمَهُ مِنَ الدِّينِ بغيرِ رِضَى سَيِّدِهِ ، مِثْلُ
أَنْ يَقْتَرِضَ ، أَوْ يَشْتَرِيَ شَيْئًا فِي ذِمَّتِهِ ، ففِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ .
اخْتَارَهَا الْخَرَقِيُّ ، وَأَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ لَزِمَهُ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ ، كَأَرْشِ
جَنَائَتِهِ . وَالثَّانِيَةِ ، يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ يَتَّبِعُهُ الْعَرِيمُ بِهِ إِذَا أُعْتِقَ وَأَيْسَرَ . وَهَذَا مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ فِي ذِمَّتِهِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . فَتَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ ، كَعَوَضِ الْخُلْعِ
مِنَ الْأَمَةِ ، وَكَالْحُرِّ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ ، أَوْ فِي الاسْتِدَانَةِ ،
فَمَا يُلْزَمُهُ مِنَ الدِّينِ هَلْ^(٢) يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ ،^(٣) أَوْ بِرَقَبَتِهِ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ^(٤) . وَقَالَ
مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : إِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ، قُضِيَتْ ذُبُونُهُ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ
شَيْءٌ ، تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ ، يُتَّبَعُ بِهِ إِذَا عَتَقَ وَأَيْسَرَ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَبَتَ بِرِضَى مَنْ لَهُ الدِّينُ ،
أَشْبَهَ غَيْرَ الْمَأْذُونِ لَهُ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ ، كَمَا لَوْ اسْتَقْرَضَ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُبَاعُ إِذَا طَالَبَ الْغُرْمَاءُ بَيْعَهُ . وَهَذَا مَعْنَاهُ ، أَنَّهُ تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ
دَيْنٌ ثَبَتَ بِرِضَى مَنْ لَهُ الدِّينُ ، فَيُبَاعُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ رَهَنَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي
التَّجَارَةِ ، فَقَدْ أَغْرَى النَّاسَ بِمُعَامَلَتِهِ ، وَأُذِنَ فِيهَا ، فَصَارَ ضَامِنًا ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهُمْ :
دَايِنُونَهُ ، أَوْ أُذِنَ فِي اسْتِدَانَتِهِ ، تَزِيدُ عَلَى قِيَمَتِهِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الدِّينِ الَّذِي لَزِمَهُ فِي
التَّجَارَةِ الْمَأْذُونِ فِيهَا ، أَوْ فِيمَا لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ^(٥) فِيهِ ، مِثْلُ أَنْ أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ فِي الْبَزِّ ،
فَآتَجَرَ فِي غَيْرِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْفَكُ عَنِ التَّعْطِيرِ ، إِذْ يَظُنُّ النَّاسُ أَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِي ذَلِكَ أَيْضًا .

(١) الْبَيْتُ مَطْلَعُ قَصِيدَةٍ لِلْمُقَنَّنِ الْكِنْدِيِّ . انْظُرْ حِمَاسَةَ أَبِي تَمَامٍ ٦٠٣/١ ، وَالشَّعْرَ وَالشُّعْرَاءَ ٧٣٩/٢ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

الفصل الثاني ، فيما لزمه من الدين / من أروش جنائياته ، أو قيم متلفاته ، فهذا
يتعلق برقبة العبد ، على كل حال ، مأذوناً ، أو غير مأذون ، رواية واحدة ، وبه
يقول أبو حنيفة والشافعي . وكل ما يتعلق برقبته فإن السيد يتخير بين تسليمه للبيع
وبين فدائه ، فإن سلمه فبيع ، وكان ثمنه أقل من أروش جنائيته ، فليس للمجنى
عليه إلا ذلك ؛ لأن العبد هو الجاني ، فلا يجب على غيره شيء . وإن كان ثمنه
أكثر ، فالفضل لسيد . وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد ، أن السيد لا يرجع
بالفضل . ولعله يذهب إلى أنه دفعه إليه عوضاً عن الجناية ، فلم يبق لسيد فيه شيء ،
كما لو ملكه إياه عوضاً عن الجناية . وهذا ليس بصحيح . فإن المجنى عليه لا يستحق
أكثر من قدر أروش الجناية عليه ، كما لو جنى عليه حر ، والجاني لا يجب عليه
أكثر من قدر جنائته ، ولأن الحق تعلق بعينه ، فكان الفضل من ثمنه لسيد ،
كالرهن . ولا يصح قولهم : إنه دفعه عوضاً . لأنه لو كان عوضاً ، لملكه المجنى
عليه ، ولم يبع في الجناية ، وإنما دفعه لبيع ، فيؤخذ منه عوض الجناية ، ويرد
إليه الباقي ، ولذلك لو أئلف درهمًا ، لم يطل حق سيده منه بذلك ؛ لعجزه عن
أداء الدرهم من غير ثمنه . وإن اختار السيد فداءه لزمه أقل الأمرين ؛ من قيمته ،
أو أروش جنائته ؛ لأن أروش الجناية إن كان أكثر ، فلا يتعلق بغير العبد الجاني ؛ لعدم
الجناية من غيره ، وإنما تجب قيمته ، وإن كان أقل ، فلم يجب بالجناية إلا هو .
وعن أحمد رواية أخرى ، أنه يلزمه أروش جنائته ، بالعاما بلغ ؛ لأنه يجوز أن يرغب
فيه راغب ، فيشتريه بأكثر من ثمنه ، فإذا منع بيعه لزمه جميع الأرض ؛ لتفويته
ذلك . وللشافعي قولان ، كالروايتين .

الفصل الثالث ، في تصرفاته ؛ أما غير المأذون ، فلا يصح بيعه ، ولا شراؤه
بعين المال ، لأنه تصرف من المحجور فيما^(٥) حجر عليه فيه ، فأشبهه المفلس .

(٥) في النسخ : « فيم » .

ولأنه تَصَرَّفَ في مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فهو كَتَصَرَّفِ الْفُضُولَى . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ وَيَقِفَ عَلَى إِجَازَةِ السَّيِّدِ كَذَلِكَ . وَأَمَّا شِرَاؤُهُ / بِشَمَنِ فِي ذِمَّتِهِ وَاقْتِرَاضُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ السَّفِيهَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ لِحَقِّ غَيْرِهِ ، أَشْبَهَ الْمُفْلِسَ وَالْمَرِيضَ . وَيَتَفَرَّغُ عَنْ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، أَنَّ التَّصَرَّفَ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا ، فَلِلْبَائِعِ وَالْمُقْرِضِ أَخْذُ مَالِهِ ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، سَوَاءً كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوِ السَّيِّدِ ، وَإِنْ كَانَ تَالِفًا ، فَلَهُ قِيمَتُهُ أَوْ مِثْلُهُ ، إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ السَّيِّدِ رَجَعَ بِذَلِكَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَيْنَ مَالِهِ تَلَفَ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ شَاءَ كَانَ ذَلِكَ مُتَعَلِّقًا بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ ، وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ الْعَبْدِ ، فَالرُّجُوعُ عَلَيْهِ . وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، أَوْ ذِمَّتِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ قُلْنَا : التَّصَرَّفُ صَحِيحٌ . وَالْمَبِيعُ فِي يَدِ الْعَبْدِ ، فَلِلْبَائِعِ فَسْخُ الْبَيْعِ ، وَلِلْمُقْرِضِ الرُّجُوعُ فِيمَا أَقْرَضَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَحَقَّقَ إِعْسَارُ^(٦) الْمُشْتَرِي وَالْمُقْرِضِ ، فَهُوَ أَسْوَأُ حَالًا مِنَ الْحُرِّ الْمُعْسِرِ . وَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ قَدْ انْتَزَعَهُ مِنْ يَدِ الْعَبْدِ ، مَلَكَهَ بِذَلِكَ ، وَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مِنْ عَبْدِهِ مَالًا فِي يَدِهِ ، بِحَقٍّ ، فَهُوَ كَالصَّيِّدِ . فَإِذَا مَلَكَهَ السَّيِّدُ ، كَانَ كَهَلَاكِهِ فِي يَدِ الْعَبْدِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ وَالْمُقْرِضُ انْتِزَاعَهُ مِنَ السَّيِّدِ ، بِحَالٍ . وَإِنْ كَانَ قَدْ تَلَفَ ، اسْتَقَرَّ ثَمَنُهُ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ أَوْ فِي ذِمَّتِهِ ، سَوَاءً تَلَفَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوِ السَّيِّدِ . وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمَآذُونُ لَهُ ، فَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِي قَدَرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَلَا يَصِحُّ فِيمَا زَادَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ ، انْفَلَتْ الْحَجَرُ عَنْهُ ، وَجَازَ لَهُ التَّصَرُّفُ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ لَا يَتَجَزَّأُ ، فَإِذَا زَالَ بَعْضُهُ ، زَالَ كُلُّهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُتَصَرَّفٌ بِالْإِذْنِ ، فَاخْتَصَّ تَصَرُّفُهُ بِمَحَلِّ الْإِذْنِ ، كَالْوَكِيلِ ، وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْحَجَرَ لَا يَتَجَزَّأُ . لَا يَصِحُّ ، فَإِنَّهُ لَوْ صَرَّحَ بِالْإِذْنِ لَهُ فِي بَيْعِ عَيْنٍ ، وَنَهَيْهِ عَنْ بَيْعِ أُخْرَى ، صَحَّ . وَكَذَلِكَ فِي الشِّرَاءِ ، كَالْوَكِيلِ . وَإِنْ أُذِنَ لَهُ السَّيِّدُ فِي ضَمَانٍ ، أَوْ كِفَالَةٍ ، فَفَعَلَ ، صَحَّ . وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ ، أَوْ رَقَبَةِ الْعَبْدِ ؟

(٦) فِي الْأَصْلِ : « اِعْتِبَارٌ » .

على وجهين . وإن رأى السيد عبده يتجر ، فلم ينهه ، لم يصير بذلك ماذوناً له .

٣٧/٥ ظ

/ الفصل الرابع ، في تصرّفاته ، إن كان ماذوناً له في التجارة ، قبل إقراره في قدر ما أذن له ، ولم يقبل فيما زاد . ولا يقبل إقرار غير الماذون له بالمال . فإن أقر بعين في يده أو دين يتعلق برقبته ، لم يقبل على سيده ؛ لأنه يقرّ بحق على غيره ، فلم يقبل ، كما لو أقر أن سيده باعه ، ويثبت في ذمته يتبع به بعد العتق . وإن أقر بجنائته ، استوى في ذلك الماذون له وغيره . وينقسم ذلك أقساماً أربعة ؛ أحدها ، جنائية موجبها المال ، كإثلافه ، أو جنائية خطأ ، أو شبه عمد ، أو جنائية عمد فيما لا قصاص فيه ، كالجائفة ، ونحوها ، فلا يقبل إقراره بها ؛ لأنه إقرار بالمال ، فلم يقبل ، كما لو أقر بدراهم ، أو دنانير . القسم الثاني ، جنائية موجبها حدّ سوى السرقة ، أو قصاص فيما دون النفس ، فيقبل إقراره بذلك . وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي . وقال زفر ، وداود ، والمزني ، وابن^(٧) جرير : لا يقبل ؛ لأنه يسقط به حق السيد ، فلا يقبل ، كالإقرار بجنائية الخطأ . ولنا ، ما روى عن علي رضي الله عنه ، أنه قطع يد عبد بإقراره بالسرقة ، وجلّد عبداً أقرّ عنده بالزنا نصف الحدّ . ولا مخالف له في الصحابة ، فكان إجماعاً . ولأنّ ما لا يقبل إقرار السيد فيه على العبد ، يقبل فيه إقرار العبد ، كالطلاق . ولأنّ العبد غير متهم فيه ؛ لأنّ ضرره به أخصّ ، وهو بالأمه أمس ، فقبل إقراره ، كما لو أقرت به الزوجة . وخرج على هذين المعنيين جنائية الخطأ ؛ فإن إقرار السيد بها مقبول ، ولا يتضرر العبد بها . القسم الثالث ، إقراره بالسرقة ، يقبل في الحدّ ، فيقطع ، ولا يقبل في المال ، سواء كانت العين تالفة ، أو باقية في يد السيد ، أو في يد العبد . وبهذا قال الشافعي . ويحتمل أن لا يقطع إذا أقر بسرقة عين موجودة في يده . وبهذا قال أبو حنيفة ؛ لأنّ العين محكوم بها لسيدّه ، فلا يقطع بسرقة عين لسيدّه ، ولأنّ المطالبة بالمسروق / شرط في القطع ،

٣٨/٥ و

(٧) سقط من : م .

وهذه لا يملك غير السيد المطالبة بها ، ولأن هذا شبهة ، والحدود تذرأ بالشبهات .
ولنا ، خبر على رضى الله عنه ، ولأنه مقر بسرقة عين تبلغ نصابا ، فوجب قطعه ،
كما لو أقر حر بسرقة عين في يد غيره ، وما ذكروه يطل بهذه الصورة ، وإنما لم
ترد العين إلى المرسوق منه لحق السيد ، وأما في حق العبد ، فقد ثبت للمقر له ،
ولهذا لو عتق وعادت العين إلى يده ، لزمه ردّها إلى المقر له . القسم الرابع ، الإقرار
بما يوجب القصاص في النفس . فروى عن أحمد ، أنه لا يقبل . وعموم قول
الخرقي ، إن أقر المحجور عليه بما يوجب حدا ، أو قصاصا ، أو طلق زوجته ،
لزمه ذلك . يقتضى قبول إقراره ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعي ؛ لأنه
أقر بما يوجب قصاصا ، فقبل ، كإقراره بقطع اليد ، ولأنه أحد نوعي القصاص ،
فقبل إقراره به ، كالأخر ، ولأنه لا يقبل إقرار سيده عليه به ، فقبل إقراره به ،
كالحد . واحتج أصحابنا ، بأن مقتضى القياس أن لا يقبل إقراره بالقصاص أصلا ؛
لأنه إقرار على مال سيده ، ولأنه متهم ، إذ يحتمل أن يكون عن مواطاة بينهما ،
ليعفو على مال ، فيستحق رقة العبد ، ولذلك لم تحمِل العاقلة اعترافا ، فتركنا
موجب القياس ؛ لخبر على رضى الله عنه ، ففيما عداه يتقى على موجب القياس .
ويفارق القصاص في النفس القصاص في الطرف ؛ لأنه قد يحتمل أنه أراد التخلص
من سيده ، ولو بفوات نفسه . وكل موضع حكمنا بقبول إقراره بالقصاص ،
فحكمه حكم الثابت بالبيّنة ، فلولى الجنابة العفو ، والاستيفاء ، والعفو على مال ،
فإن عفا ، تعلق الأرض برقة العبد ، على ما مر بيانه . ويحتمل أن لا يملك العفو
على مال ؛ لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بمال .

٧٧٠ - مسألة ؛ قال : (ويبيع الكلب باطلاً ، وإن كان معلماً)

لا يختلف المذهب في أن يبيع الكلب باطلاً ، أى كلب كان . وبه قال الحسن ،
وربيعة ، / وحماد ، والأوزاعي ، والشافعي ، وداود . وكره أبو هريرة ثمن
الكلب . ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله ، وعطاء ،

٣٨/٥ ظ

وَالنَّحْيُ . وَجَوَّزَ أَبُو حَنِيفَةَ بَيْعَ الْكِلَابِ كُلِّهَا ، وَأَخَذَ ثَمَنَهَا ، وَعَنْهُ رِوَايَةٌ فِي الْكَلْبِ الْعَقُورِ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا يَجُوزُ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْكَلْبُ الْمَأْذُونُ فِي إِمْسَاكِهِ ، يَجُوزُ بَيْعُهُ ، وَيُكْرَهُ . وَاحْتَجَّ مَنْ أَجَازَ بَيْعَهُ بِمَا رَوَى عَنْ جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَالسَّنَّورِ ، إِلَّا كَلْبَ الصَّيْدِ ^(١) . وَلأنَّهُ يُبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، وَيَصِحُّ نَقْلُ الْيَدِ فِيهِ ، وَالْوَصِيَّةُ بِهِ ، فَصَحَّ بَيْعُهُ ، كَالْحِمَارِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو مَسْعُودٍ الْأَنْصَارِيُّ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ ، وَمَهْرِ الْبَغِيِّ ، وَحُلُوانِ الْكَاهِنِ ^(٢) . وَعَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ قَالَ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « ثَمَنُ الْكَلْبِ خَبِيثٌ ، وَمَهْرُ الْبَغِيِّ خَبِيثٌ ، وَكَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا ^(٣) . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ

(١) أخرجه النسائي ، في : باب الرخصة في ثمن كلب الصيد ، من كتاب الصيد ، وباب ما استثنى ، من كتاب البيوع . المجتبى ١٦٨/٧ ، ٢٧٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣١٧ ، ٣٣٩ .

(٢) في م زيادة : « متفق عليه » .

(٣) الأول أخرجه البخاري ، في : باب ثمن الكلب ، من كتاب البيوع ، وباب كسب البغي والإماء ... ، وفي : باب مهر البغي والنكاح الفاسد ، من كتاب الطلاق ، من كتاب الإجارة ، وباب الكهانة ، من كتاب الطب ، وفي : باب من لعن المصور ، من كتاب اللباس . صحيح البخاري ٣/١١٠ ، ١٢٢ ، ٧٩/٧ ، ١٧٦ ، ٢١٧ . ومسلم ، في : باب تحريم ثمن الكلب ... ، من كتاب المساقاة ، صحيح مسلم ٣/١١٩٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في أثمان الكلاب ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٠ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية مهر البغي ، من أبواب النكاح ، وفي : باب ما جاء في ثمن الكلب ، من أبواب البيوع . وباب ما جاء في أجر الكاهن ، من أبواب الطب . عارضة الأحوذى ٥/٦٧ ، ٢٧٦ ، ٢٢٨/٨ ، ٢٢٩ . والنسائي ، في : باب النهي عن ثمن الكلب ، من كتاب الصيد والذبائح . وباب بيع الكلب ، من كتاب البيوع . المجتبى ١٦٧/٧ ، ٢٧٢ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٠ . والدارمي ، في : باب في النهي عن ثمن الكلب ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٥٥ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في ثمن الكلب ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٥٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١١٨ - ١٢٠ .

والثاني لم يخرج به البخاري ، انظر تحفة الأشراف ٣/١٤٢ . وأخرجه مسلم ، في : باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١١٩٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٣٨ . والترمذي ، في : باب ما جاء في ثمن الكلب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٧٦ . والنسائي ، في : باب النهي عن ثمن الكلب ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٦٧/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٤٦٤ ، ٤٦٥ .

عن ثَمَنِ الْكَلْبِ ، فَإِنْ جَاءَ يَطْلُبُهُ فَاْمْلَأُوا كَفَّهُ ثَرَابًا . رواه أبو داود^(٤) . ولأنه حيوان نُهِىَ عَنْ اقْتِنَائِهِ فِي غَيْرِ حَالِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، أَشْبَهَ الْخِنْزِيرَ ، أَوْ حَيَوَانَ نَجَسُ الْعَيْنِ ، أَشْبَهَ الْخِنْزِيرَ . فَأَمَّا حَدِيثُهُمْ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : هَذَا مِنَ الْحَسَنِ بْنِ أَبِي جَعْفَرٍ ، وَهُوَ ضَعِيفٌ . وَقَالَ الدَّارَقُطْنِيُّ : الصَّحِيحُ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَى جَابِرٍ . وَقَالَ التِّرْمِذِيُّ : لَا يَصِحُّ إِسْنَادُ هَذَا الْحَدِيثِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ^(٥) ، وَلَا يَصِحُّ أَيْضًا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ ، وَلَا كَلْبَ صَيْدٍ ، وَقَدْ جَاءَتْ اللَّغَةُ بِمَثَلِ ذَلِكَ ، قَالَ الشَّاعِرُ :
وَكُلُّ أَخٍ مُفَارِقُهُ أَخُوهُ لَعَمْرُ أَبِيكَ إِلَّا الْفَرَقْدَانِ^(٦)

أَيِ وَالْفَرَقْدَانِ . ثُمَّ هَذَا الْحَدِيثُ حُجَّةٌ عَلَى مَنْ أَبَاحَ بَيْعَ غَيْرِ كَلْبِ الصَّيْدِ .

فصل : وَلَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ .
وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهَا مَنَفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، فَجَازَتْ الْمُعَاوَضَةُ عَنْهَا ، كَنَفْعِ الْحَمِيرِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَيَوَانٌ مُحَرَّمٌ بَيْعُهُ ؛ لِخُبَيْثِهِ ، / فَحُرِّمَتْ إِجَارَتُهُ ، كَالْخِنْزِيرِ .
وَقِيَاسُهُمْ يَنْتَقِضُ بِضِرَابِ الْفَحْلِ ، فَإِنَّهَا مَنَفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، وَلَا يَجُوزُ إِجَارَتُهَا ، وَلِأَنَّ إِبَاحَةَ الْاِئْتِفَاعِ لَمْ تُبَيِّحْ بَيْعَهُ ، فَكَذَلِكَ إِجَارَتُهُ ، وَلِأَنَّ مَنَفَعَتَهُ لَا تُضْمَنُ فِي الْعَصَبِ ، فَإِنَّهُ لَوْ غَضَبَهُ غَاصِبٌ مُدَّةً ، لَمْ يَلْزَمْهُ لَذَلِكَ عِوَضٌ ، فَلَمْ يَجْزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عَنْهَا فِي الْإِجَارَةِ ، كَنَفْعِ الْخِنْزِيرِ .

و ٣٩/٥

(٤) فِي : بَابِ فِي أَثْمَانِ الْكَلَابِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢٥٠/٢ .

كَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ جَمَاعِ أَبْوَابِ بُيُوعِ الْكَلَابِ وَغَيْرِهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٦/٦ .

(٥) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ أَخْبَرَنَا أَبُو كَرِيبٍ ... ، مِنْ أَبْوَابِ الْبُيُوعِ . عَارِضَةُ الْأُحُوذِيِّ ٢٨١/٥ .
وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ جَمَاعِ أَبْوَابِ بُيُوعِ الْكَلَابِ وَغَيْرِهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٦/٦ .

(٦) الْفَرَقْدَانِ ، نَجْمَانِ قَرِيَّانِ مِنَ الْقَطْبِ ، لَا يَفْتَرِقَانِ .

وَالْبَيْتُ لِعَمْرُو بْنِ مَعْدَى كَرَبٍ أَوْ حَضْرَمِيِّ بْنِ عَامِرٍ ، ذَكَرَهُ سَيَبَوِيهِ فِي الْكِتَابِ ٣٣٤/٢ ، وَابْنُ يَعِيشَ فِي شَرْحِ الْمَفْصَلِ ٨٩/٢ ، وَالسَّيُوطِيُّ فِي شَرْحِ شَوَاهِدِ الْمَغْنَى ٢١٦ .

فصل : وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْكَلْبِ الَّذِي يُبَاخُ اقْتِنَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهَا تَقْلُ لِلْيَدِ فِيهِ مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ . وَتَصِحُّ هَبَّتُهُ ؛ لِذَلِكَ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ فِي الْحَيَاةِ ، أَشْبَهَتْ الْبَيْعَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . وَيُفَارِقُ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّهُ يُؤْخَذُ عَوَضُهُ ، وَهُوَ مُحَرَّمٌ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ .

٧٧١ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ قَتَلَهُ وَهُوَ مُعَلَّمٌ ، فَقَدْ أَسَاءَ ، وَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ)

أَمَّا قَتْلُ الْمُعَلَّمِ فَحَرَامٌ ، وَفَاعِلُهُ مُسِيءٌ ظَالِمٌ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ كَلْبٍ مُبَاخٍ إِمْسَاكُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ يُبَاخُ اقْتِنَاؤُهُ ، فَحَرَمَ إِثْلَافُهُ ، كَالشَّاةِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَلَا غُرْمَ عَلَى قَاتِلِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ وَعَطَاءٌ : عَلَيْهِ الْغُرْمُ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا فِي تَحْرِيمِ إِثْلَافِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَحَلٌّ يَحْرُمُ اخْتِذُ عَوَضِهِ لِخُبَّتِهِ ، فَلَمْ يَجِبْ غُرْمُهُ بِإِثْلَافِهِ ، كَالْخِنْزِيرِ ، وَإِنَّمَا يَحْرُمُ إِثْلَافُهُ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ . وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ الضَّرَرِ وَالْإِضْرَارِ ^(١) .

فصل : فَأَمَّا قَتْلُ مَا لَا يُبَاخُ إِمْسَاكُهُ ، فَإِنَّ الْكَلْبَ الْأَسْوَدَ الْبَهِيمَ يُبَاخُ قَتْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ شَيْطَانٌ . قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الصَّامِتِ : سَأَلْتُ أَبَا ذَرٍّ فَقُلْتُ : مَا بَالُ الْأَسْوَدِ مِنَ الْأَحْمَرِ مِنَ الْأَبْيَضِ ؟ فَقَالَ : سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَمَا سَأَلْتَنِي ، فَقَالَ : « الْكَلْبُ الْأَسْوَدُ شَيْطَانٌ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٢) ، وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَوْ لَا أَنَّ الْكِلَابَ أُمَّةٌ مِنَ الْأُمَمِ لَأَمَرْتُ بِقَتْلِهَا ، فَاقْتُلُوا مِنْهَا كُلَّ أَسْوَدَ بَهِيمٍ » ^(٣) . وَيُبَاخُ

(١) تقدم في : ١٤٠/٤ .

(٢) تقدم تخريجه في : ٩٨/٣ .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في اتخاذ الكلب للصيد وغيره ، من كتاب الصيد . سنن أبي داود ٩٧/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في قتل الكلاب ، وباب ما جاء من أمسك كلبا ما ينقص من أجره ، من أبواب الصيد . عارضة الأحوذى ٢٨٣/٦ ، ٢٨٥ . والنسائي ، في : باب صفة الكلاب التي أمر بقتلها ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٦٣/٧ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن اقتناء الكلب ... ، من كتاب الصيد . سنن ابن ماجه ١٠٦٩/٢ . والدارمي ، في : باب في قتل الكلاب ، من كتاب الصيد . سنن الدارمي ٩٠/٢ . والإمام أحمد ، في المسند ٨٥/٤ ، ٥٤/٥ ، ٥٦ ، ٥٧ .

قَتْلُ الْكَلْبِ الْعَقُورِ ؛ لما رَوَتْ عائشةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ : « خَمْسٌ مِنَ الدَّوَابِّ كُلُّهُنَّ فَاسِقٌ ، يُقْتَلْنَ فِي الْحِلِّ وَالْحَرَمِ ؛ / الْغَرَابُ ، وَالْحِدَاةُ ، وَالْعَقْرَبُ ، وَالْفَأْرَةُ ، وَالْكَلْبُ الْعَقُورُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) ، وَيُقْتَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَذَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ مُعَلَّمًا ؛ لِلْخَبَرَيْنِ . وَعَلَى قِيَاسِ الْكَلْبِ الْعَقُورِ ، كُلُّ مَا آذَى النَّاسَ ، وَضَرَّهُمْ فِي أَنْفُسِهِمْ ، وَأَمْوَالِهِمْ ، يُبَاحُ قَتْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُؤْذِي بِلَا نَفْعٍ ، أَشْبَهَ الذُّئْبَ . وَمَا لَا مَضَرَّةَ فِيهِ ، لَا يُبَاحُ قَتْلُهُ ؛ لما ذَكَرْنَا مِنَ الْخَبَرِ . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ أَمَرَ بِقَتْلِ الْكِلَابِ ، حَتَّى إِنْ النَّمْرَةُ تَقَدَّمُ مِنَ الْبَادِيَةِ بِكَلْبِهَا فَتَقْتُلُهُ ، ثُمَّ نَهَى عَنْ قَتْلِهَا ، وَقَالَ : « عَلَيْكُمْ بِالْأَسْوَدِ الْبَيْهِمِ ذِي النُّقْطَتَيْنِ ^(٥) » ، فَإِنَّهُ شَيْطَانٌ » . رواه مُسْلِمٌ ^(٦) .

فصل : ولا يجوز اقتناء الكلب ، إِلَّا كَلْبَ الصَّيِّدِ ، أَوْ كَلْبَ مَاشِيَةٍ ، أَوْ حَرْثٍ ؛ لما رَوَى عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ اتَّخَذَ كَلْبًا إِلَّا كَلْبَ صَيِّدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ أَوْ زَرْعٍ ، نَقَصَ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطٌ ^(٧) » . وَعَنْ ابْنِ عُمرَ قَالَ : سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ : « مَنْ اقْتَنَى كَلْبًا إِلَّا كَلْبَ صَيِّدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ ، فَإِنَّهُ يَنْقُصُ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطَانِ » . قَالَ سَالِمٌ : وَكَانَ أَبُو هُرَيْرَةَ يَقُولُ : أَوْ كَلْبَ حَرْثٍ .

(٤) تقدم تخريجه في : ١٧٦/٥ .

(٥) في الأصل ، م : « الطفيتين » . والمثبت من صحيح مسلم وباقي مصادر تخرج الحديث . والمعروف من الحديث : « اقتلوا من الحيات ذات الطفيتين والأبتر » .

(٦) في : باب الأمر بقتل الكلاب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٠/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في اتخاذ الكلب للصيد وغيره ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٩٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٣٣/٣ .

(٧) أخرجه مسلم ، في : باب الأمر بقتل الكلاب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٣/٣ . وأبو داود ، في : باب في اتخاذ الكلب للصيد وغيره ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٩٧/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء من أمسك كلبا ما ينقص من أجره ، من أبواب الصيد . عارضة الأحوذى ٢٨٥/٦ . والنسائي ، في : باب الرخصة في إمساك الكلب للحرث ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٦٦/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٧/٢ .

مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٨) . وإن اِقْتَنَاهُ لِحِفْظِ الْيُتُوتِ ، لم يَجُزْ ؛ لِلْخَبَرِ . وَيَحْتَمِلُ الْإِبَاحَةَ .
وهو قول أصحاب الشَّافِعِيِّ ؛ لَأَنَّهُ فِي مَعْنَى الثَّلَاثَةِ ، فَيُقَاسُ عَلَيْهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛
لأنَّ قِيَاسَ غَيْرِ الثَّلَاثَةِ عَلَيْهَا ، يُبَيِّحُ مَا يَتَنَاوَلُ الْخَبَرُ تَحْرِيمَهُ . قال القاضي : وليس
هو في مَعْنَاهَا ، فقد يَحْتَالُ اللَّصُّ لِإَخْرَاجِهِ بِشَيْءٍ يُطْعِمُهُ إِيَّاهُ ، ثم يَسْرِقُ الْمَتَاعَ .
وَأَمَّا الذُّئْبُ ، فلا يَحْتَمِلُ هَذَا فِي حَقِّهِ ، وَلأنَّ اِقْتِنَاءَهُ فِي الْيُتُوتِ يُؤْذِي الْمَارَّةَ ، بِخِلَافِ
الصَّخْرَاءِ .

**فصل : فَاَمَّا تَرْبِيَةُ الْجُرُودِ الصَّغِيرِ لِأَحَدِ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ ، فيَجُوزُ فِي أَقْوَى
الْوَجْهَيْنِ ؛ لَأَنَّهُ قَصْدُهُ لَذَلِكَ ، فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ . كما يَجُوزُ بَيْعُ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ ،
وَالْجَحْشِ الصَّغِيرِ ، الَّذِي لَا تَنْفَعُ فِيهِ فِي الْحَالِ ؛ لِمَالِهِ إِلَى الِاتِّفَاعِ . وَلأنَّهُ لو لم
يَتَّخِذِ الصَّغِيرَ ، مَا أَمَكَنَ جَعْلَ الْكَلْبِ لِلصَّيْدِ ، إِذْ لَا يَصِيرُ مُعَلِّمًا إِلَّا بِالتَّعْلِيمِ ، وَلَا
يُمْكِنُ تَعْلِيمُهُ إِلَّا بِتَرْبِيَتِهِ ، وَاقْتِنَاءُهُ مُدَّةً يُعَلِّمُهُ فِيهَا . قال الله تعالى : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُمُ
مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ ﴾^(٩) . وَلَا يُوجَدُ كَلْبٌ مُّعَلِّمٌ
بغَيْرِ تَعْلِيمٍ . والوجه الثاني ، لَا يَجُوزُ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الثَّلَاثَةِ .**

فصل : وَمَنْ اقْتَنَى كَلْبًا لِلصَّيْدِ ، ثُمَّ تَرَكَ الصَّيْدَ مُدَّةً ، وَهُوَ يُرِيدُ الْعَوْدَ إِلَيْهِ ،

(٨) أخرجه البخارى ، فى : باب من اقتنى كلبا ليس بكلب صيد أو ماشية ، من كتاب الذبائح . صحيح
البخارى ١١٢/٧ . ومسلم ، فى : باب الأمر بقتل الكلاب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم
١٢٠١/٣ - ١٢٠٣ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء من أمسك كلبا ما ينقص من أجره ، من أبواب الصيد . عارضة
الأحوذى ٢٨٤/٦ . والنسائى ، فى : باب الرخصة فى إمساك الكلب للماشية ، وباب الرخصة فى إمساك الكلب
للصيد ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٦٥/٧ ، ١٦٦ . والدارمى ، فى : باب فى اقتناء كلب الصيد أو الماشية ،
من كتاب الصيد . سنن الدارمى ٩٠/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى أمر الكلاب ، من كتاب
الاستئذان . الموطأ ٩٦٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٢ ، ٨ ، ٣٧ ، ٤٧ ، ٦٠ ، ١٠١ ، ١١٣ ،
١٥٦ .

(٩) سورة المائدة ٤ .

لم يَحْرُمُ اقْتِنَاؤُهُ فِي مُدَّةِ تَرْكِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ حَصَدَ صَاحِبُ الزَّرْعِ زَرْعَهُ ، أُبِيحَ لَهُ إِمْسَاكُ الْكَلْبِ ، إِلَى أَنْ يَزْرَعَ زَرْعًا آخَرَ . وَلَوْ هَلَكَتْ مَاشِيَّتُهُ ، فَأَرَادَ شِرَاءَ غَيْرِهَا ، فَلَهُ إِمْسَاكُ كَلْبِهَا ؛ لِيَنْتَفِعَ بِهِ فِي الَّتِي يَشْتَرِيهَا . فَأَمَّا إِنْ اقْتَنَى كَلْبَ الصَّيْدِ مَنْ لَا يَصِيدُ بِهِ ، احْتَمَلَ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَشَى كَلْبَ الصَّيْدِ مُطْلَقًا . وَاحْتَمَلَ الْمَنْعَ ؛ لِأَنَّهُ اقْتَنَاهُ لِغَيْرِ حَاجَةٍ ، أَشْبَهَ غَيْرَهُ مِنَ الْكِلَابِ . وَمَعْنَى كَلْبِ الصَّيْدِ ، أَيْ كَلْبٍ يَصِيدُ بِهِ . وَهَكَذَا الْاِحْتِمَالَانِ فِي مَنْ اقْتَنَى كَلْبًا ؛ لِيَحْفَظَ لَهُ حَرْثًا ، أَوْ مَاشِيَّةً ، إِنْ حَصَلَتْ ، أَوْ يَصِيدَ بِهِ إِنْ احتَاجَ إِلَى الصَّيْدِ ، وَلَيْسَ لَهُ فِي الْحَالِ حَرْثٌ ، وَلَا مَاشِيَّةٌ ، يَحْتَمِلُ ^(١٠) الْجَوَازَ ؛ لِقَصْدِهِ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ حَصَدَ الزَّرْعَ ، وَأَرَادَ أَنْ يَزْرَعَ غَيْرَهُ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْخِنْزِيرِ ، وَلَا الْمَيْتَةِ ، وَلَا الدَّمِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ . وَأَجْمَعُوا عَلَى تَحْرِيمِ الْمَيْتَةِ وَالْخَمْرِ ، وَعَلَى أَنْ يَبْعَ الْخِنْزِيرَ ، وَشِرَاءَهُ ، حَرَامٌ ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ بِمَكَّةَ يَقُولُ : « إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولُهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ ، وَالْمَيْتَةِ ، وَالْخِنْزِيرِ ، وَالْأَصْنَامِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١١) . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ ، كَالْحَشَرَاتِ كُلِّهَا ، وَسِبَاعِ الْبَهَائِمِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلْاِصْطِيَادِ ، كَالْأَسَدِ وَالذِّئْبِ ، وَمَا لَا يُؤْكَلُ وَلَا يُصَادُ بِهِ مِنَ الطَّيْرِ ، كَالرَّحْمِ ، وَالْحِدَاةِ ، وَالْغُرَابِ الْأَبْقَعِ ، وَغُرَابِ الْبَيْنِ وَيَبْضُهَا ، فَكُلُّ هَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَفْعَ فِيهِ ، فَأُخِذَ ثَمَنُهُ أَكْلَ مَالٍ بِالْبَاطِلِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ السَّرَجِينِ ^(١٢) النَّجِسِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْأَمْصَارِ / يَتْبَايَعُونَهُ لِزُرْوَعِهِمْ مِنْ غَيْرِ تَكْيِيرٍ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُجْمَعٌ عَلَى نَجَاسَتِهِ ؛ فَلَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ ، كَالْمَيْتَةِ . وَمَا ذَكَرُوهُ فَلَيْسَ بِإِجْمَاعٍ ، فَإِنَّ الْإِجْمَاعَ اتِّفَاقُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، وَلِأَنَّهُ رَجِيعُ نَجِسٍ ،

٤٠/٥ ظ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « يَحْصِلُ » .

(١١) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٢٠ .

(١٢) السَّرَجِينِ : الزُّبُلُ .

فلم يَجْزُ بَيْعُهُ ، كَرَجِيعِ الْآدَمِيِّ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ الْحُرِّ ، ولا ما ليس بِمَمْلُوكٍ ، كالمُبَاحَاتِ قَبْلَ حَيَازَتِهَا وَمِلْكِهَا . ولا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ خِلَافًا ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ؛ رَجُلٌ أُعْطِيَ بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا ، فَأَكَلَتْ ثَمَنَهُ ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُؤِفِّهِ أَجْرَهُ » . رواه البخاري (١٣) .

٧٧٢ - مسألة ؛ قال : (وَيَبْعُ الْفَهْدُ ، وَالصَّقْرُ الْمُعْلَمُ ، جَائِزٌ ، وَكَذَلِكَ يَبْعُ الْهَرُّ ، وَكُلُّ مَا فِيهِ الْمَنْفَعَةُ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ كُلَّ مَمْلُوكٍ أُبِيحَ الْإِتِّفَاعُ بِهِ ، يَجُوزُ بَيْعُهُ ، إِلَّا مَا اسْتَنْتَاهُ الشَّرْعُ ، مِنَ الْكَلْبِ ، وَأُمِّ الْوَلَدِ ، وَالْوَقْفِ . وفي الْمُدَبِّرِ ، وَالْمُكَاتِبِ ، وَالزَّيْتِ النَّجَسِ اخْتِلَافٌ ، نَذَرُهُ فِي مَوْضِعِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ سَبَبٌ (١) لِإِطْلَاقِ التَّصَرُّفِ ، وَالْمَنْفَعَةُ الْمُبَاحَةُ يُبَاحُ لَهُ اسْتِيفَاؤُهَا ، فَجَازَ لَهُ أَخْذُ عَوَضِهَا ، وَأُبِيحَ لغيرِهِ بِذَلِكَ مَا لَهُ فِيهَا ، تَوْصُلًا إِلَيْهَا ، وَدَفْعًا لِحَاجَتِهَا بِهَا ، كَسَائِرِ مَا أُبِيحَ بَيْعُهُ ، وَسِوَاهُ فِي هَذَا مَا كَانَ طَاهِرًا ، كَالثِّيَابِ ، وَالْعَقَارِ ، وَبَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ ، وَالْحَيْلِ ، وَالصَّيُودِ (٢) ، أَوْ مُخْتَلَفًا فِي نَجَاسَتِهِ ، كَالْبَعْلِ ، وَالْحِمَارِ ، وَسِبَاعِ الْبَهَائِمِ ، وَجَوَارِحِ الطَّيْرِ ، الَّتِي تَصْلُحُ لِلصَّيْدِ ، كَالْفَهْدِ ، وَالصَّقْرِ ، وَالْبَازِي ، وَالشَّاهِينَ ، وَالْعُقَابِ ، وَالطَّيْرِ الْمَقْصُودِ صَوْتُهُ ، كَالهَزَارِ ، وَالْبُلْبُلِ ، وَالْبَيْغَاءِ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ ، فَكُلُّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو بكرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ ، وابنُ أَبِي مُوسَى :

(١٣) في : باب إثم من باع حرا ، من كتاب البيوع ، وفي : باب إثم من منع أجر الأجير ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ١٠٨/٣ ، ١١٨ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٥٨/٢ .

(١) سقط من : م .

(٢) الماهر في الصيد . يقال : كلب صيود ، وصقر صيود .

لا يجوز بيع الفهد ، والصقير ، ونحوهما ؛ لأنها نجسة ، فلم يجز بيعها ، كالكلب .
ولنا ، أنه حيوان أبيع اقتناؤه ، وفيه نفع مباح ، من غير وعيد في حبسه ، فأبيع
بيعه^(٣) كالبعل ، وما ذكرناه يطل بالبعل / ، والجمار ، فإنه لا خلاف في إباحة
بيعها ، وحكمها حكم سباع البهائم في الطهارة ، والنجاسة ، وإباحة الاقتناء ،
والانثفاع . وأما الكلب فإن الشرع توعّد على اقتنائه وحرّمه ، إلا في حال الحاجة ،
فصارَتْ إباحته ثابتة ، بطريق الضرورة ، بخلاف غيره ، ولأن الأصل الإباحة ؛
بدليل قول الله تعالى : ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٤) . ولما ذكرنا من المعنى خرج منه
ما استثناه الشرع ؛ لمعان غير موجود في هذا ، فبقى على أصل الإباحة . وأما الهر ،
فقال الخرقى : يجوز بيعها . وبه قال ابن عباس ، والحسن ، وابن سيرين ،
والحكم ، وحماد ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب
الرأي . وعن أحمد أنه كره ثمنها . وروى ذلك عن أبي هريرة ، وطاوس ،
ومجاهد ، وجابر بن زيد . واختاره أبو بكر ؛ لما روى مسلم^(٥) عن جابر ، أنه
سئل عن ثمن السنور ، فقال : زجر النبي ﷺ عن ذلك . وفي لفظ رواه أبو داود
عن جابر ، أن النبي ﷺ نهى عن ثمن السنور . قال الترمذي : هذا حديث حسن ،
وفي إسناده اضطراب . ولنا ، ما ذكرناه فيما يصاد به من السباع ، ويحمل الحديث
على غير المملوك منها ، أو ما لا نفع فيه منها ؛ بدليل ما ذكرناه ، ولأن البيع شرع
طريقاً للتوصل إلى قضاء الحاجة ، واستيفاء المنفعة المباحة ؛ ليصل كل واحد إلى
الانثفاع بما في يد صاحبه ، مما يباح الانثفاع به ، فينبغي أن يشرع ذلك فيه ؛ ليصل

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٥) في : باب تحريم ثمن الكلب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٩/٣ . وأبو داود ، في : باب
في ثمن السنور ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٠/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية ثمن
الكلب والسنور ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٩/٥ ، ٢٨٠ .

كُلِّ وَاحِدٍ إِلَى الْإِنْتِفَاعِ بِمَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ ، فَمَا ^(٦) يُبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْفَهْدُ وَالصَّقْرُ وَنَحْوُهُمَا ، مِمَّا لَيْسَ بِمُعَلِّمٍ ، وَلَا يَقْبَلُ التَّعْلِيمَ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ؛ لِإِدْمِ النَّفْعِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُمَكِّنُ تَعْلِيمَهُ ، جَازَ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ إِلَى الْإِنْتِفَاعِ ، فَأَشْبَهَ الْجَحْشَ الصَّغِيرَ .

فصل : فَأَمَّا مَا يُصَادُ عَلَيْهِ ، كَالْبُومَةِ الَّتِي يَجْعَلُهَا شُبَّاشًا ^(٧) ، لِتَجْمَعَ الطَّيْرُ إِلَيْهَا ، فَيَصِيدُهَا الصَّيَّادُ ، فَيَحْتَمِلُ جَوَازَ بَيْعِهَا ، لِلنَّفْعِ الْحَاصِلِ مِنْهَا ، وَيَحْتَمِلُ الْمَنْعُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ / مَكْرُوهٌ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْذِيبِ الْحَيَوَانِ . وَكَذَلِكَ اللَّقْلُقُ ^(٨) وَنَحْوُهُ . ٤١/٥ ظ .

فصل : فَأَمَّا يَبِيعُ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنَ الطَّيْرِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا نَفْعَ فِيهِ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ، طَاهِرًا كَانَ أَوْ نَجِسًا . وَإِنْ كَانَ يُنْتَفَعُ بِهِ ، بِأَنْ يَصِيرَ فَرَحًا ، وَكَانَ طَاهِرًا ، جَازَ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ طَاهِرٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ ؛ أَشْبَهَ أَصْلَهُ ، وَإِنْ كَانَ نَجِسًا ، كَبَيْضِ الْبَازِي ، وَالصَّقْرِ ، وَنَحْوِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ فَرَحِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ نَجِسٌ ^(٩) ، لَا يُنْتَفَعُ بِهِ فِي الْحَالِ . وَهَذَا مُلغَى بِفَرَحِهِ ، وَبِالْجَحْشِ الصَّغِيرِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ : أُكْرَهُ بَيْعُ الْقِرْدِ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى بَيْعِهِ لِلْإِطَافَةِ بِهِ ، وَاللَّعِبِ . فَأَمَّا بَيْعُهُ لِمَنْ يُنْتَفَعُ بِهِ ، كَحِفْظِ الْمَتَاعِ وَالِدُّكَانِ وَنَحْوِهِ ، فَيَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ كَالصَّقْرِ وَالْبَازِي . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى الْمَنْعُ مِنْ بَيْعِهِ مُطْلَقًا .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « مِمَّا » .

(٧) فِي ب : « شَبَّاشًا » . قَالَ الْخَفَاجِيُّ فِي : شِفَاءِ الْغَلِيلِ ١٣٩ : « شَبَّاشٌ : هُوَ أَنْ يَوْضَعَ الطَّائِرُ فِي الشَّرْكَ لِيُصَادَ بِهِ طَائِرٌ آخَرٌ ، قَالَ الْبَاخِرَزِيُّ فِي الدِّمِيَّةِ ، وَلَمْ يَبَيِّنْ أَصْلَهُ وَلَغْتَهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ هَذَا » .

(٨) اللَّقْلُقُ : طَائِرٌ مِنَ الطَّيُورِ الْقَوَاطِعِ ، كَبِيرٌ ، طَوِيلُ السَّاقَيْنِ وَالْعُنُقِ وَالْمَنْقَارِ ، أَحْمَرُ السَّاقَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ وَالْمَنْقَارِ .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فصل : وفي بيع العلق^(١٠) التي يُنتفع بها ، مثل التي تُعلق على وجه صاحب الكلف^(١١) ، فتمص الدم ، والديدان التي تترك في الشص ، فيصاها السملك ، وجهان ؛ أصحهما جواز بيعها ؛ لحصول نفعها ، فهي كالسملك . والثاني ، لا يجوز ؛ لأنها لا يُنتفع بها ، إلا نادراً ، فأشبهت ما لا نفع فيه .

فصل : ويجوز بيع دود القز ، وبزره^(١٢) . وقال أبو حنيفة ، في رواية عنه : إن كان مع دود القز قز ، جاز بيعه ، وإلا فلا ؛ لأنه لا يُنتفع بعينه ، فهو كالحشرات . وقيل : لا يجوز بيع بزره . ولنا ، أن الدود حيوان طاهر يجوز اقتناؤه ؛ لتمام ما يخرج منه ، أشبه البهائم ، ولأن الدود وبزره طاهر ، مُنتفع به ، فجاز بيعه ، كالثوب . وقوله : لا يُنتفع بعينه . يطل بالبهائم التي لا يحصل منها نفع ، سوى التناج ، ويفارق الحشرات ، التي لا نفع فيها أصلاً ، فإن نفع هذه كثير ؛ لأن الحرير الذي هو أشرف ملابس الدنيا ، إنما يحصل منها .

فصل : ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة ، بحيث لا يمكنها أن تمتنع . وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيعها منفردة ؛ لما ذكر في دود القز . ولنا ، / أنه حيوان طاهر ، يخرج من بطونها شراب فيه منافع للناس ، فجاز بيعه ، كبهيمة الأنعام . واختلف أصحابنا في بيعها في كواراتها ، فقال القاضي : لا يجوز ؛ لأنه لا يمكن مشاهدة جميعها ، ولأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعاً معها ، وهو مجهول . وقال أبو الخطاب : يجوز بيعها في كواراتها ، ومنفردة عنها ، فإنه يمكن مشاهدتها في كواراتها إذا فتح رأسها ، ويعرف كثرتة من قلتة ، وخفاء بعضه لا يمنع صحة

و ٤٢/٥

(١٠) العلق : دودة حمراء تكون في الماء ، تعلق بالبدن .

(١١) الكلف : لون يعلو الجلد ، فيغير بشرته .

(١٢) سقط من : الأصل .

قال في المصباح : وقولهم لبعض الدود بزر القز مجاز على التشبيه ببزر البقل لأنه ينبت كالبقل . المصباح المنير (ب ز ر) .

بَيْعِهِ ، كَالصُّبْرَةِ ، وَكَأَلَوْ كَانَ فِي وَعَاءٍ ، فَإِنَّ بَعْضَهُ يَكُونُ عَلَى بَعْضٍ ، فَلَا يُشَاهَدُ إِلَّا ظَاهِرُهُ ، وَالْعَسَلُ يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ تَبَعًا ، فَلَا يَضُرُّ جَهَالَتَهُ ، كَأَسَاسَاتِ الْحَيْطَانِ . فَإِنَّ لَمْ يُمَكِّنْ مُشَاهَدَةُ النَّحْلِ ؛ لَكَوْنِهِ مَسْتَوْرًا بِأَقْرَاصِهِ ، وَلَمْ يُعْرِفْ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ لَجَهَالَتِهِ .

فصل : ذَكَرَ الْخِرْقَى ، أَنَّ التَّرْيَاقَ لَا يُؤْكَلُ ؛ لِأَنَّهُ يَقَعُ فِيهِ لُحُومُ الْحَيَّاتِ ، فَعَلَى هَذَا ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّ نَفْعَهُ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِالْأَكْلِ ، وَهُوَ مُحَرَّمٌ ، فَخَلَا مِنْ نَفْعٍ مُبَاحٍ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ، كَالْمَيْتَةِ ، وَلَا يَجُوزُ التَّدَاوِي بِهِ ، وَلَا بِسُمِّ الْأَفَاعِي . فَأَمَّا السُّمُّ مِنَ الْحَشَائِشِ وَالنَّبَاتِ ، فَإِنْ كَانَ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ ، أَوْ كَانَ يَقْتُلُ قَلِيلُهُ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ؛ لِعَدَمِ نَفْعِهِ ، وَإِنْ انْتَفَعَ بِهِ ، وَأُمَكِّنَ التَّدَاوِي بِسِيرِهِ ، كَالسَّقَمُونِيَا ، جَازَ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ طَاهِرٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ ، فَأَشْبَهَ بَقِيَّةَ الْمَأْكُولَاتِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ جِلْدِ الْمَيْتَةِ ، قَبْلَ الدَّبْغِ ، قَوْلًا وَاحِدًا ، قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَفِي بَيْعِهِ بَعْدَ الدَّبْغِ عَنْهُ خِلَافٌ . وَقَدْ رَوَى حَرْبٌ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ^(١٣) . وَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ ، نَحْوُ رِيَشِ الطَّيْرِ الَّتِي لَهَا مِخْلَبٌ ، أَوْ بَعْضُ جُلُودِ السَّبَاعِ الَّتِي لَهَا أَثْيَابٌ ، فَإِنَّ بَيْعَهَا أَسْهَلٌ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا نَهَى عَنْ أَكْلِ لُحُومِهَا . وَالصَّحِيحُ عَنْهُ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ . وَهَذَا يَنْبَنِي عَلَى الْحُكْمِ بِنَجَاسَةِ جُلُودِ الْمَيْتَةِ ، وَأَنَّهَا لَا تَطْهَرُ بِالدَّبَاغِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي بَابِهِ .

فصل : فَأَمَّا بَيْعُ لَبَنِ الْآدَمِيَّاتِ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : أَكْرَهُهُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي جَوَازِهِ . فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرْقَى جَوَازُهُ ؛ لِقَوْلِهِ : « وَكُلُّ مَا فِيهِ الْمَنْفَعَةُ » . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ ، / وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَهَبَ جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا إِلَى تَحْرِيمِ بَيْعِهِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ مَائِعٌ خَارِجٌ مِنَ آدَمِيَّةٍ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ،

٤٢/٥ ظ

(١٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٣ .

كالعرق ، ولأنه من آدمي ، فأشبهه سائر أجزائه . والأول أصح ؛ لأنه لبن طاهر مُتَنَفِّع به ، فجاز بيعه ، كلبن الشاة ، ولأنه يجوز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر ، فأشبهه المنافع ، ويفارق العرق ، فإنه لا نفع فيه ، ولذلك لا يُباع عرق الشاة ، ويُباع لبنها . وسائر أجزاء آدمي يجوز بيعها ، فإنه يجوز بيع العبد ، والأمة ، وإنما حرّم بيع الحر ؛ لأنه ليس بمملوك ، وحرّم بيع العضو المقطوع ؛ لأنه لا نفع فيه .

فصل : واختلفت الرواية في بيع رباع مكة ، وإجارة دورها ، فروى أن ذلك غير جائز . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، والثوري ، وأبي عبيد . وكرهه إسحاق ؛ لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، قال : قال رسول الله ﷺ في مكة : « لا تباع رباعها ، ولا تُكرى بيوتها » . رواه الأثرم بإسناده^(١٤) . وعن مجاهد ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « مكة حرام بيع رباعها ، حرام إجارؤها » . وهذا نص رواه سعيد بن منصور ، في « سننه »^(١٥) . وروى أنها كانت تُدعى^(١٥) السوائب ، على عهد رسول الله ﷺ . ذكره مُسَدَّد في « مُسنده »^(١٦) ، ولأنها فتحت عنوة ، ولم تُقسَم ، فكانت موقوفة ، فلم يَجُز بيعها ، كسائر الأرض التي فتحها المسلمون عنوة ، ولم يُقسَموها ، والدليل على أنها فتحت عنوة ، قول رسول الله ﷺ : « إن الله حبس عن مكة الفيل ، وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وإنها لم تحل لأحد قبلي ، ولا تحل لأحد بعدي ، وإنما أحلت لي ساعة من نهار » . مُتَّفَق عليه^(١٧) . وَرَوَتْ أُمُّ هَانِي

(١٤) وأخرجهما الحاكم ، في : باب مكة مناخ لا تباع رباعها ولا تاجر بيوتها ، من كتاب البيوع . المستدرک ٥٣/٢ . والهيتمي ، في : باب إجارة بيوت مكة ، من كتاب الحج . مجمع الزوائد ٢٩٧/٣ .
(١٥) أي رباع مكة .

(١٦) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب أجر بيوت مكة ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ١٠٣٧/٢ .
(١٧) أخرجه البخاري ، في : باب كتابة العلم ، من كتاب العلم ، وفي : باب كيف تعرف لقطة مكة ، من كتاب اللقطة . صحيح البخاري ٣٨/١ ، ١٦٤/٣ ، ١٦٥ . ومسلم ، في : باب تحريم مكة وصيدها ... ، =

أَنَّهَا^(١٨) قَالَتْ : أَجَرْتُ حَمَوَيْنِ لِي ، فَأَرَادَ عَلِيٌّ أَخِي قَتْلَهُمَا ، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَجَرْتُ حَمَوَيْنِ لِي ، فَرَعَمَ ابْنُ أُمِّى عَلَى أَنَّهُ قَاتِلُهُمَا . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « قَدْ أَجَرْنَا مَنْ أَجَرْتَ » ، أَوْ « أَمَّا مَنْ أَمَّنْتَ يَا أُمَّ / هَانِي » ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٩) ، وَلِذَلِكَ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ : بِقَتْلِ أَرْبَعَةٍ ، فَقَتِلَ مِنْهُمْ ابْنُ حَظَلٍ ، وَمِقْيَسُ بْنُ صُبَابَةَ ، وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّهَا فُتِحَتْ عَتَوَةٌ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ رِبَاعِهَا ، وَإِجَارَةُ بَيُوتِهَا^(٢٠) . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ طَاوُسٍ ، وَعَمْرٍو بْنُ دِينَارٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَهُوَ أَظْهَرُ فِي الْحُجَّةِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا قِيلَ لَهُ : أَيْنَ تَنْزِلُ غَدًا ؟ قَالَ : « وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ رِبَاعٍ ؟ » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢١) . يَعْنِي أَنَّ عَقِيلًا بَاعَ رِبَاعَ أَبِي طَالِبٍ ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَهُ دُونَ إِخْوَتِهِ ؛ لِكَوْنِهِ كَانَ عَلَى دِينِهِ دُونَهُمَا ، فَلَوْ كَانَتْ غَيْرَ مَمْلُوكَةٍ ، لَمَّا أَثَرُ بَيْعِ عَقِيلٍ شَيْئًا ، وَلِأَنَّ أَصْحَابَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ لَهُمْ دُورٌ بِمَكَّةَ ؛ لِأَبِي بَكْرٍ ، وَالزُّبَيْرِ ، وَحَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ ،

= من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٨/٢ ، ٩٨٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبي داود ٤٦٥/١ . والدارمي ، في : باب في النهي عن لقطة الحاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٨/٢ .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) أخرجه البخاري ، في : باب الصلاة في الثوب الواحد ... ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب أمان النساء وجوارهن ، من كتاب الجزية ، وفي : باب ما جاء في زعموا ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ١٠٠/١ ، ١٢٢/٤ ، ٤٦/٨ . ومسلم ، في : باب استحباب صلاة الضحى ... ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ٤٩٨/١ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في أمان العبد والمرأة ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٧٥/٧ . (٢٠) في الأصل : « منازلها » .

(٢١) أخرجه البخاري ، في : باب توريث دور مكة وبيعها ... ، من كتاب الحج . صحيح البخاري ١٨١/٢ . ومسلم ، في : باب النزول بمكة للحاج ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٤/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب التحصيب ، من كتاب الحج . سنن أبي داود ٤٦٣/١ . وابن ماجه ، في : باب ميراث أهل الإسلام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩١٢/٢ .

وأبى سُفْيَان ، وسائر أهل مَكَّة ، فمنهم مَنْ باع ، ومنهم مَنْ تَرَكَ داره ، فَهِيَ فِي يَدِ أَعْقَابِهِمْ . وقد باع حَكِيمُ بْنُ حِزَامٍ دَارَ النَّدْوَةِ ، فقال له ^(٢٢) ابنُ الزُّبَيْرِ : بَعْتَ مَكْرَمَةَ قُرَيْشٍ . فقال : يا ابنَ أُخِي ، ذَهَبَتِ الْمَكَارِمُ إِلَّا التَّقْوَى . أو كما قال . واشترى مُعَاوِيَةُ مِنْهُ ^(٢٣) دارَيْنِ . واشترى عُمَرُ دَارَ السَّجْنِ مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ ، بأَرْبَعَةِ آلَافٍ . ولم يَزَلْ أَهْلُ مَكَّةَ يَتَصَرَّفُونَ فِي دُورِهِمْ تَصَرُّفَ الْمُلْكِ ، بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ ، ولم يُنْكِرْهُ مُنْكَرٌ ، فكان إجماعاً ، وقد قرَّره النَّبِيُّ ﷺ بِنِسْبَةِ دُورِهِمْ إِلَيْهِمْ ، فقال : « مَنْ دَخَلَ ^(٢٤) دَارَ أَبِي سُفْيَانَ فَهُوَ آمِنٌ ، وَمَنْ أَغْلَقَ عَلَيْهِ بَابَهُ فَهُوَ آمِنٌ » ^(٢٥) . وأقرَّهُمْ فِي دُورِهِمْ وَرِبَاعِهِمْ ، ولم يَنْقُلْ أَحَدًا عَنْ دَارِهِ ، وَلَا وَجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى زَوَالِ أَمْلَاكِهِمْ ، وكذلك مَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْخُلَفَاءِ ، حتى إنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، مع شِدَّةِ فِي الْحَقِّ ، لَمَّا احتاجَ إِلَى دَارِ لِلْسَّجْنِ ^(٢٦) ، لم يَأْخُذْهَا إِلَّا بِالْبَيْعِ . ولأنَّهَا أَرْضٌ حَيَّةٌ لم يَرِدْ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ مُحَرَّمَةٌ ؛ فجازَ بَيْعُهَا كَسَائِرِ الْأَرْضِ ، وما رُوِيَ مِنَ الْأَحَادِيثِ فِي خِلَافِ هَذَا ، فهو ضَعِيفٌ . وأمَّا كَوْنُهَا فُتِحَتْ عَنَوَةً ، فهو الصَّحِيحُ ، الذي لا يُمكنُ دَفْعُهُ ، إِلَّا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقَرَّ أَهْلَهَا فِيهَا عَلَى أَمْلَاكِهِمْ وَرِبَاعِهِمْ ، فَيَدُلُّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ تَرَكَهَا لَهُمْ ، كما تَرَكَ لِهَوَازِنِ نِسَاءِهِمْ وَأَبْنَاءِهِمْ . وعلى القولِ الْأَوَّلِ ، مَنْ كان ساكِنَ دَارٍ أو مَنْزِلٍ فهو أَحَقُّ بِهِ ، / يَسْكُنُهُ وَيُسْكِنُهُ ، وليس لَهُ بَيْعُهُ ، ولا أَخْذُ أَجْرَتِهِ ، وَمَنْ احتاجَ إِلَى مَسْكَنٍ ، فَلَهُ بِذَلِكَ الْأَجْرَةِ فِيهِ ، وإن احتاجَ إِلَى الشُّرَاءِ فَلَهُ ذَلِكَ ، كما فَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وكان أَبُو عَبْدِ اللَّهِ إِذَا سَكَنَ أَعْطَاهُمْ أَجْرَتَهَا . فَإِنْ سَكَنَ بِأَجْرَةٍ

٤٣/٥ ظ

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) في الأصل ، م : « داخل » . والتصويب من مصادر تخریج الحديث .

(٢٥) أخرجه مسلم ، في : باب فتح مكة ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ١٤٠٨/٣ . وأبو داود ، في :

باب ما جاء في خير مكة ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٤٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٢/٢ ،

٥٣٨ .

(٢٦) في م : « السجن » .

فَأَمَّكَهُ أَنْ لَا يَدْفَعَ إِلَيْهِمُ الْأَجْرَةَ ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَسْتَحِقُّونَهَا ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ سُفْيَانَ سَكَنَ فِي بَعْضِ رِبَاعِ مَكَّةَ ، وَهَرَبَ ، وَلَمْ يُعْطِهِمْ أَجْرَةَ ، فَأَذْرَكَوهُ ، فَأَخَذُواهَا مِنْهُ . وَذَكَرَ لِأَحْمَدَ فَعَلَ سُفْيَانُ ، فَتَبَسَّمَ ، فَظَاهَرُ هَذَا ، أَنَّهُ أَعْجَبَهُ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَالْخِلَافُ فِي غَيْرِ^(٢٧) مَوَاضِعِ الْمَنَاسِكِ ، أَمَّا بَقَاغُ الْمَنَاسِكِ كَمَوْضِعِ السَّعْيِ وَالرَّمْيِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَسَاجِدِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ .

فصل : وَمَنْ بَنَى بِنَاءً بِمَكَّةَ ، بِآلَةٍ مَجْلُوبَةٍ مِنْ غَيْرِ أَرْضِ مَكَّةَ ، جَازَ بَيْعُهَا ، كَمَا يَجُوزُ بَيْعُ أُيُنِيَةِ الْوُقُوفِ وَأَنْقَاضُهَا . وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ثَرَابِ الْحَرَمِ وَحِجَارَتِهِ ، اثْبَنَى جَوَازُ بَيْعِهَا عَلَى الرَّوَاتِبِينَ فِي بَيْعِ رِبَاعِ مَكَّةَ ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِمَكَّةَ ، وَهَكَذَا ثَرَابُ كُلِّ وَقْفٍ وَأَنْقَاضُهُ . قَالَ أَحْمَدُ . أَمَّا الْبِنَاءُ بِمَكَّةَ فَإِنِّي أَكْرَهُهُ . قَالَ إِسْحَاقُ : الْبِنَاءُ بِمَكَّةَ عَلَى وَجْهِ الِاسْتِخْلَاصِ لِنَفْسِهِ ، لَا يَحِلُّ . وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قِيلَ لَهُ : أَلَا تَبْنِي لَكَ بِمِنَى بَيْتًا ؟ قَالَ : « مِنْنِي مُنَاحُ مِنْ^(٢٨) سَبَقَ^(٢٩) » .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ : لَا أَعْلَمُ فِي بَيْعِ الْمَصَاحِفِ رُخْصَةً . وَرَخَّصَ فِي شِرَائِهَا . وَقَالَ : الشَّرَاءُ أَهْوَنُ . وَكَرِهَ بَيْعُهَا ابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَأَبُو مُوسَى ، وَسَعِيدُ ابْنِ جُبَيْرٍ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ : وَدَدْتُ أَنَّ الْأَيْدِيَ تُقَطَّعُ فِي بَيْعِهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَجُوزُ بَيْعُ الْمُصْحَفِ ، مَعَ الْكَرَاهَةِ . وَهَلْ يُكْرَهُ شِرَاؤُهُ وَإِدَالُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَرَخَّصَ فِي بَيْعِهَا الْحَسَنُ ، وَالْحَكَمُ ، وَعِكْرِمَةُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَقَعُ عَلَى الْجِلْدِ ، وَالْوَرَقِ ، وَبَيْعُ ذَلِكَ مُبَاحٌ . وَلَنَا ،

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) في م : « لمن » .

(٢٩) أخرجه أبو داود ، في : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبي داود ٤٦٦/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن منى منى من سبى ، من أبواب الحج . عارضة الأخوذى ١١١/٤ . وابن ماجه ، في : باب النزول بمنى ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ١٠٠٠/٢ . والدارمي ، في : باب كراهية البنيان بمنى ، من كتاب المناسك . سنن الدارمي ٧٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٧/٦ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

قَوْلُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَلَمْ تَعْلَمْ لَهُمْ مُخَالَفًا فِي عَصْرِهِمْ ، وَلَئِنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، فَتَجِبُ صَيَانَتُهُ عَنِ الْبَيْعِ وَالْإِتِّدَالِ ، وَأَمَّا الشِّرَاءُ فَهُوَ أَسْهَلُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِنْقَازٌ لِلْمُصْحَفِ ، وَبَذْلٌ لِمَالِهِ فِيهِ ، فَجَازَ ، كَمَا أَجَازَ شِرَاءُ / رِبَاعِ مَكَّةَ ، وَاسْتِثْجَارَ دُورِهَا ، مَنْ لَا يَرَى بَيْعَهَا ، وَلَا أَخَذَ أُجْرَتَهَا . وَكَذَلِكَ أَرْضُ السَّوَادِ وَنَحْوُهَا . وَكَذَلِكَ دَفْعُ الْأَجْرَةِ إِلَى الْحَجَّامِ ، لَا يُكْرَهُ ، مَعَ كَرَاهَةِ كَسْبِهِ . وَإِنْ اشْتَرَى الْكَافِرُ مُصْحَفًا ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَجَازَهُ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَقَالُوا : يُجْبَرُ عَلَى بَيْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلشِّرَاءِ ، وَالْمُصْحَفُ مَحَلٌّ لَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ اسْتِدَامَةِ الْمَلِكِ عَلَيْهِ ، فَمُنْعٌ مِنْ ائْتِدَائِهِ ، كَسَائِرِ مَا يَحْرُمُ بَيْعُهُ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ الْمُسَافَرَةِ الْقُرْآنِ إِلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ ، مَخَافَةَ أَنْ تَنَالَهُ أَيْدِيهِمْ ^(٣٠) . فَلَا يَجُوزُ تَمْكِينُهُمْ مِنَ التَّوَصُّلِ إِلَى ثِيَلِ أَيْدِيهِمْ إِيَّاهُ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ شِرَاءُ الْكَافِرِ مُسْلِمًا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ وَيُجْبَرُ عَلَى إِزَالَةِ مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْمُسْلِمَ بِالْإِرْثِ ، وَيَبْقَى مِلْكُهُ عَلَيْهِ إِذَا أَسْلَمَ فِي يَدِهِ ، فَصَحَّ شِرَاؤُهُ لَهُ ، كَالْمُسْلِمِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يُمْنَعُ اسْتِدَامَةُ مِلْكِهِ عَلَيْهِ ، فَمُنْعٌ ائْتِدَائِهِ ، كَالنِّكَاحِ ، وَلَئِنَّهُ عَقْدٌ يُثَبِّتُ الْمِلْكَ عَلَى الْمُسْلِمِ لِلْكَافِرِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالنِّكَاحِ ، وَالْمِلْكُ بِالْإِرْثِ . وَالِاسْتِدَامَةُ أَقْوَى مِنْ ائْتِدَاءِ الْمِلْكِ بِالْفِعْلِ وَالِاخْتِيَارِ ، بِدَلِيلِ ثُبُوتِهِ بِهِمَا لِلْمُحْرَمِ فِي الصَّيِّدِ ، مَعَ مَنَعِهِ مِنْ ائْتِدَائِهِ ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ ثُبُوتِ الْأَقْوَى ثُبُوتُ مَا دُونَهُ ، مَعَ أَنَّ نَقْطَعَ الْاسْتِدَامَةَ عَلَيْهِ بِمَنَعِهِ مِنْهَا ، وَإِجْبَارِهِ عَلَى إِزَالَتِهَا .

فصل : وَلَوْ وَكَّلَ كَافِرٌ مُسْلِمًا فِي شِرَاءِ مُسْلِمٍ ، لَمْ يَصَحَّ الشِّرَاءُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ

(٣٠) تقدم تخرجه في ٢٠٤/١ .

يَقَعُ لِلْمُوكَّلِ ، وَلَأَنَّ الْمُوكَّلَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِشِرَائِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ ، كَمَا لَوْ
وَكَّلَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا فِي شِرَاءِ خَمْرٍ . وَإِنْ وَكَّلَ الْمُسْلِمُ كَافِرًا يَشْتَرِي لَهُ مُسْلِمًا ^(٣١) ،
فَاشْتَرَاهُ ، فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنْهُ إِنَّمَا كَانَ لِمَا فِيهِ مِنْ ثُبُوتِ
مِلْكِ الْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ ، وَالْمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْمُسْلِمِ هُنَا ، فَلَمْ يَتَحَقَّقِ الْمَانِعُ .
وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا مُنِعَ مِنْ شِرَائِهِ مُنِعَ التَّوَكُّلُ فِيهِ ، كَالْمُحْرَمِ فِي شِرَاءِ
الصَّيِّدِ ، وَالْكَافِرِ فِي نِكَاحِ الْمُسْلِمَةِ ، وَالْمُسْلِمِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَكِيلًا لِذِمِّيٍّ /
فِي شِرَاءِ خَمْرٍ .

٤٤/٥ ظ

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى الْكَافِرُ مُسْلِمًا يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِالْقَرَابَةِ ، كَأَبِيهِ وَأَخِيهِ ، صَحَّ
الشُّرَاءُ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، فِي قَوْلِ بَعْضِ أَصْحَابِنَا . وَحَكَى فِيهِ أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَتَيْنِ ؛
إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ الْأَصْحَابِ ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءُ يَمْلِكُ بِهِ الْمُسْلِمُ ،
فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالَّذِي لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ . وَلَأَنَّ مَا مُنِعَ مِنْ شِرَائِهِ ، لَمْ يُنَحَّ لَهُ شِرَاؤُهُ وَإِنْ
زَالَ مِلْكُهُ عَقِيبَ الشُّرَاءِ ، كَشِرَاءِ الْمُحْرَمِ الصَّيِّدِ . وَالثَّانِيَّةُ ، يَصِحُّ شِرَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ
الْمَنْعَ إِنَّمَا ثَبَتَ لِمَا فِيهِ مِنْ إِهَانَةِ الْمُسْلِمِ بِمِلْكِ الْكَافِرِ لَهُ ، وَالْمِلْكُ هُنَا يَزُولُ عَقِيبَ
الشُّرَاءِ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَيَحْصُلُ مِنْ نَفْعِ الْحُرِّيَّةِ أضعافُ مَا حَصَلَ مِنَ الْإِهَانَةِ بِالْمِلْكِ
فِي لَحْظَةِ يَسِيرَةٍ . وَيُفَارِقُ مَنْ لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ ؛ فَإِنَّ مِلْكَهُ لَا يَزُولُ إِلَّا بِإِزَالَتِهِ ، وَكَذَلِكَ
شِرَاءُ الْمُحْرَمِ لِلصَّيِّدِ ، فَإِنَّهُ لَوْ مَلَكَهُ ، لَثَبَّتْ مِلْكُهُ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَزُلْ . وَلَوْ قَالَ كَافِرٌ
لِمُسْلِمٍ : أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي ، وَعَلَى تَمَنُّهِ . ففَعَلَ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ لَيْسَ بِتَمْلِيكِ ،
وَإِنَّمَا هُوَ إِبْطَالٌ لِلرَّقِّ فِيهِ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ الْمِلْكُ فِيهِ حُكْمًا ^(٣٢) ، فَجَازَ ، كَمَا يَمْلِكُهُ
بِالْإِثْرِ حُكْمًا . وَلَأَنَّ مَا يَحْصُلُ لَهُ بِالْحُرِّيَّةِ مِنَ النَّفْعِ يَنْعَمُ فِيهِ مَا يَحْصُلُ مِنَ الضَّرَرِ
بِالْمِلْكِ ، فَيَصِيرُ كَالْمَعْدُومِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ؛ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ بِنَاءً عَلَى شِرَاءِ قَرِيْبِهِ
الْمُسْلِمِ .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) سقط من : الأصل .

فصل : ولو أجزر مُسْلِمٌ نَفْسَهُ لِدُمِّي ، لَعَمَلٍ فِي ذِمَّتِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَجَزَ نَفْسَهُ مِنْ يَهُودِيٍّ ، يَسْتَقِي لَهُ (٣٣) كُلُّ دَلْوٍ بَتَمْرَةٍ ، وَأَتَى بِذَلِكَ النَّبِيَّ ﷺ فَأَكَلَهُ (٣٤) . وَفَعَلَ ذَلِكَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ ، وَأَتَى بِهِ النَّبِيَّ ﷺ ، فَلَمْ يَنْكِرْهُ (٣٥) . وَلَأنَّهُ لَا صَغَارَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ فِي مُدَّةٍ ، كَيَوْمٍ ، أَوْ شَهْرٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ فِيهِ اسْتِيلَاءٌ عَلَيْهِ ، وَصَغَارًا ، أَشْبَهَ الشَّرَاءَ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ . وَهُوَ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَمَلٌ فِي مُقَابَلَةِ عَوَضٍ ، أَشْبَهَ الْعَمَلَ فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَا يُشْبِهُ الْمِلْكَ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ يَقْتَضِي سُلْطَانًا ، وَاسْتِدَامَةً ، وَتَصَرُّفًا بِأَنْوَاعِ التَّصَرُّفَاتِ فِي رَقَبَتِهِ ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ / أَنْ يُفَرَّقَ فِي الْبَيْعِ بَيْنَ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَحْرُمُ التَّفْرِيقُ إِلَّا بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ (٣٦) وَوَلَدِهَا ، فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ (٣٧) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَقَالَ : « لَا تُؤَلَّه (٣٨) وَالِدَةُ عَنْ وَلَدِهَا » (٣٩) . فَخَصَّهَا بِذَلِكَ ، فَدَلَّ عَلَى الْإِبَاحَةِ فِيمَا سِوَاهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَحْرُمُ بَيْنَ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ وَإِنْ سَفَلُوا ، وَلَا يَحْرُمُ بَيْنَ مَنْ عَدَاهُمْ ؛ لِأَنَّ الْقَرَابَةَ الَّتِي بَيْنَهُمْ لَا تَمْنَعُ الْقِصَاصَ ، وَلَا شَهَادَةَ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ ، فَلَمْ تَمْنَعْ التَّفْرِيقَ فِي

٤٥/٥ و

(٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٨ .

(٣٥) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة ... ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٨/٢ ، ٨١٩ .

(٣٦) في م : « والدة » .

(٣٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٢ .

(٣٨) أى لا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا فِي الْبَيْعِ . وَكُلُّ أَنْتَى فَارَقَتْ وَلَدَهَا فَهِيَ وَالَّةٌ . النِّهَايَةُ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ وَالْأَثَرِ ٢٢٧/٥ .

(٣٩) عزاه إلى البيهقي في كنز العمال ٥٧٦/٥ ، ٥٧٧ ، ٧٥/٩ .

الْبَيْعِ ، كَابْنِ الْعَمِّ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَحْمَدُ ، فِي « الْمُسْنَدِ » ^(٤٠) ، حَدَّثَنَا غُنْدَرٌ ، حَدَّثَنَا سَعِيدُ بْنُ أَبِي عُرُوبَةَ ، عَنْ الْحَكَمِ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي لَيْلَى ، عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أُبَيِّعَ غُلَامَيْنِ أَخَوَيْنِ ، فَبِعْتُهُمَا ، فَفَرَّقْتُ بَيْنَهُمَا ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « أَدْرِكُهُمَا فَأَرْتَجِعَهُمَا ، وَلَا تَبِعَهُمَا إِلَّا جَمِيعًا » . وَرَوَى عَنْ أَبِي مُوسَى ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَعَنَ اللَّهُ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا ، وَالْأَخِ وَأَخِيهِ » ^(٤١) . وَلَأَنَّ بَيْنَهُمَا رَحِمًا ^(٤٢) ، مَحْرَمًا ، فَلَمْ يَجُزِ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا ، كَالْوَلَدِ مَعَ أُمِّهِ . وَيُفَارِقُ ابْنِ الْعَمِّ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا رَحِمٌ مَحْرَمٌ .

فصل : فَإِنْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الْبُلُوغِ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِيمَا دُونَ السَّبْعِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْبَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ ، لِمَعْنَى فِي غَيْرِ الْبَيْعِ ، وَهُوَ الضَّرَرُ اللَّاحِقُ بِالتَّفْرِيقِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ الْبَيْعِ ، كَالْبَيْعِ فِي وَقْتِ النَّدَاءِ . وَلَنَا ، حَدِيثُ عَلِيٍّ ، وَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِرَدِّهِمَا ، وَلَوْ لَزِمَ الْبَيْعُ لَمَّا أُمِّكْنَ رَدُّهُمَا . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ فِي « سُنَنِهِ » ^(٤٣) ، أَنَّ عَلِيًّا فَرَّقَ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا ، فَنَاهَا النَّبِيُّ ﷺ ، فَرَدَّ الْمَبِيعَ . وَلَأنَّهُ بَيْعٌ مُحَرَّمٌ ، لِمَعْنَى فِيهِ ، فَفَسَدَ ، كَبَيْعِ الْحُمْرِ . وَلَا يَصِحُّ مَا قَالَهُ ؛ فَإِنْ ضَرَرَ التَّفْرِيقُ حَاصِلُ الْبَيْعِ ، فَكَانَ لِمَعْنَى فِيهِ . فَأَمَّا تَحْدِيدُهُ بِالسَّبْعِ ؛ فَإِنَّ عُمُومَ اللَّفْظِ يَمْنَعُ ذَلِكَ ، وَلَا يَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِغَيْرِ دَلِيلٍ ، وَإِنْ كَانَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ جَازًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِعُمُومِ النَّهْيِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ . وَهِيَ الصَّحِيحَةُ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ سَلَمَةَ بْنَ الْأَكْوَعِ / أَتَى أَبَا بَكْرٍ

٤٥/٥ ظ

(٤٠) المسند ٩٧/١ ، ٩٨ ، ١٢٦ ، ١٢٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب النهي عن التفريق بين السبي ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٥/٢ ، ٧٥٦ .

(٤١) أخرجه ابن ماجه ، في : باب النهي عن التفريق بين السبي ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٦/٢ .

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣) في : باب في التفريق بين السبي ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٥٨/٢ .

بامْرَأَةٍ وَأَبْنَتِهَا ، فَفَلَّهُ أَبُو بَكْرٍ ابْنَتَهَا ، فَاسْتَوْهَبَهَا مِنْهُ ^(٤٤) النَّبِيُّ ﷺ ، فَوَهَبَهَا لَهُ ^(٤٥) . وَأُهْدِيَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ مَارِيَّةُ ، وَأَخْتُهَا سِيرِينُ ، فَأَعْطَى النَّبِيُّ ﷺ سِيرِينَ لِحَسَّانَ بْنِ ثَابِتٍ ، وَتَرَكَ مَارِيَّةَ لَهُ ^(٤٦) . وَلَأَنَّهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ يَصِيرُ مُسْتَقِلًّا بِنَفْسِهِ ، وَالْعَادَةُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْأَحْرَارِ ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ تُزَوَّجُ ابْنَتَهَا ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَ الْحُرَّةِ وَوَلَدِهَا إِذَا افْتَرَقَ الْأَبَوَانِ .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى مِمَّنْ فِي مَالِهِ حَرَامٌ وَحَلَالٌ ، كَالسُّلْطَانِ الظَّالِمِ ، وَالْمُرَابِي ؛ فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الْمَبِيعَ مِنْ حَلَالٍ مَالِهِ ، فَهُوَ حَلَالٌ ، وَإِنْ ^(٤٧) عَلِمَ أَنَّهُ حَرَامٌ ، فَهُوَ حَرَامٌ ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَا فِي يَدِ الْإِنْسَانِ مِلْكُهُ ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ ، كَرِهْنَاهُ ؛ لِاخْتِمَالِ التَّحْرِيمِ فِيهِ ، وَلَمْ يُنْطَلِ الْبَيْعُ ؛ لِإِمْكَانِ الْحَلَالِ ، قَلَّ الْحَرَامُ أَوْ كَثُرَ . وَهَذَا هُوَ الشُّبْهَةُ ، وَبَقْدَرِ قَلَّةِ الْحَرَامِ وَكَثْرَتِهِ ، تَكُونُ كَثْرَةُ الشُّبْهَةِ وَقِلَّتُهَا . قَالَ أَحْمَدُ : لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ ؛ لِمَا رَوَى الثُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْحَلَالُ بَيْنَ وَالْحَرَامِ بَيْنٌ ، وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ ، لَا يَعْلَمُهَا كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ ، فَمَنْ اتَّقَى الشُّبْهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعَرْضِهِ ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبْهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ ، كَالرَّاعِي حَوْلَ الْحِمَى ، يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ . أَلَا وَإِنَّ ^(٤٨) لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى ، وَحِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤٩) . وَهَذَا

(٤٤) سقط من : م .

(٤٥) أخرجه مسلم ، في : باب التنفيل وفداء المسلمين بالأسارى ، من كتاب المغازى . صحيح مسلم ١٣٧٥/٣ ، ١٣٧٦ . وأبو داود ، في : باب في الرخصة في المدركين ... ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٥٨/٢ ، ٥٩ . وابن ماجه ، في : باب فداء الأسارى ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٤٩/٢ .

(٤٦) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في كتاب النبي إلى المقوقس . دلائل النبوة ٣٩٥/٤ ، ٣٩٦ . وذكره الزيلعي ، في باب البيع الفاسد ، من كتاب البيوع . نصب الراية ٢٨/٤ ، ٢٩ .

(٤٧ - ٤٧) في الأصل : « علمه » .

(٤٨) في الأصل : « إن » .

(٤٩) أخرجه البخارى ، في : باب فضل من استبرأ لدينه ، من كتاب الإيمان ، وفي : باب الحلال بين والحرام بين ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٢٠/١ ، ٦٩/٣ ، ٧٠ . ومسلم ، في : باب أخذ الحلال =

لَفْظُ رِوَايَةِ مُسْلِمٍ . وَفِي لَفْظِ رِوَايَةِ الْبُخَارِيِّ : « فَمَنْ تَرَكَ مَا شُبِّهَ ^(٥٠) عَلَيْهِ ، كَانَ لِمَا اسْتَبَانَ أَثَرُكَ ، وَمَنْ اجْتَرَأَ عَلَى مَا يَشْكُ فِيهِ مِنَ الْمَائِمِ ، أَوْشَكَ أَنْ يُوَاقِعَ مَا اسْتَبَانَ » . وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « دَعْ مَا يَرِيكَ إِلَى مَا لَا يَرِيكَ » ^(٥١) . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَالْمَشْكُوكُ فِيهِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرِبٍ ؛ الْأَوَّلُ ، مَا أَصْلُهُ الْحَظَرُ ، كَالذَّبِيحَةِ فِي بَلَدٍ فِيهَا مَجُوسٌ وَعَبْدَةٌ أَوْ ثَانٍ يَذْبَحُونَ ، فَلَا يَجُوزُ شِرَاؤُهَا وَإِنْ أُمِكَ أَنْ يَكُونَ ذَابِحُهَا مُسْلِمًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ التَّحْرِيمُ ، فَلَا يُزُولُ إِلَّا بِبَيِّنٍ أَوْ ظَاهِرٍ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِيهَا أَخْلَاطٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَالْمَجُوسِ ، لَمْ يَجُزْ شِرَاؤُهَا / لِذَلِكَ . وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ عَبْدِ بْنِ حَاتِمٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « إِذَا أُرْسِلَتْ كَلْبُكَ ، فَخَالَطَ كَلْبًا أَمْ يُسَمِّ عَلَيْهِا ، فَلَا تَأْكُلْ ، فَإِنَّكَ لَا تَدْرِي أَيُّهَا قَتَلَهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥٢) . فَأَمَّا

٤٦/٥ و

= وترك الشبهات ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٩/٣ ، ١٢٢٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في اجتناب الشبهات ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢١٨/٢ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في ترك الشبهات ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ١٩٨/٥ ، ١٩٩ .
والنسائي ، في : باب اجتناب الشبهات في الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢١٣/٧ . وابن ماجه ، في :
باب الوقوف عند الشبهات ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ١٣١٨/٢ ، ١٣١٩ . والدارمي ، في : باب
في الحلال بين والحرام بين ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٤٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٧/٤ ،
٢٦٩ ، ٢٧١ ، ٢٧٥ .

(٥٠) في م : « اشتبه » .

(٥١) أخرجه الترمذي ، في : باب حدثنا عمرو بن علي ، من أبواب القيامة . عارضة الأحوذى ٣٢٠/٩ ،
٣٢١ . والنسائي ، في : باب الحث على ترك الشبهات ، من كتاب الأشربة . المجتبى ٢٩٤/٨ .

(٥٢) أخرجه البخاري ، في : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفي : باب صيد المعراض ، وباب
الصيد إذا غاب عنه يومين أو ثلاثة ، من كتاب الذبائح . صحيح البخاري ٧٠/٣ ، ٧١ ، ١١١/٧ ، ١١٣ .
ومسلم ، في : باب الصيد بالكلاب المعلمة ، من كتاب الصيد . صحيح مسلم ١٥٢٩/٣ ، ١٥٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الصيد ، من كتاب الصيد . سنن أبي داود ٩٨/٢ . والترمذي ، في :
باب ما جاء في الكلب يأكل من الصيد ، من أبواب الصيد . عارضة الأحوذى ٢٥٧/٦ ، ٢٥٨ . والنسائي ،
في : باب الأمر بالتسمية عند الصيد ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٥٨/٧ . وابن ماجه ، في : باب صيد الكلب ،
من كتاب الصيد . سنن ابن ماجه ١٠٧٠/٢ .

إِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي بَلَدِ الْإِسْلَامِ ، فَالظَّاهِرُ إِبَاحَتُهَا ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ لَا يَقْرُونَ فِي بَلَدِهِمْ بَيْعَ مَا لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ ظَاهِرًا . وَالثَّانِي ، مَا أَصْلُهُ الْإِبَاحَةُ ، كَلِمَاءُ يَجِدُهُ مُتَغَيِّرًا ، لَا يَعْلَمُ أَبْنَجَاسَةً تَغَيَّرَ ، أَمْ بَغْيَرَهَا ؟ فَهُوَ ظَاهِرٌ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الطَّهَارَةُ ، فَلَا تَزُولُ عَنْهَا إِلَّا بَيِّقِينَ أَوْ ظَاهِرٍ ، وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا . وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدٍ ، قَالَ : شَكِيَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ الرَّجُلُ يُحْيِلُ إِلَيْهِ فِي الصَّلَاةِ أَنَّهُ يَجِدُ الشَّيْءَ ، قَالَ : « لَا يَنْصَرِفُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا أَوْ يَجِدَ رِيحًا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥٣) . وَالثَّلَاثُ ، مَا لَا يُعْرَفُ لَهُ أَصْلٌ ، كَرَجُلٍ فِي مَالِهِ حَلَالٌ وَحَرَامٌ ، فَهَذَا هُوَ الشُّبْهَةُ ، الَّتِي الْأَوَّلَى تَرْكُهَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، وَعَمَلًا بِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ وَجَدَ ثَمْرَةً سَاقِطَةً ، فَقَالَ : « لَوْلَا أَنِّي أَخْشَى أَنَّهَا مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا » ^(٥٤) . وَهُوَ مِنْ بَابِ الْوَرَعِ .

فصل : وَكَانَ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، لَا يَقْبَلُ جَوَائِزَ السُّلْطَانِ ، وَيُنْكِرُ عَلَى وَلَدِهِ وَعَمِّهِ قَبُولَهَا ، وَيُشَدِّدُ فِي ذَلِكَ ، وَمِمَّنْ كَانَ لَا يَقْبَلُهَا سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْقَاسِمُ ، ^(٥٥) وَبُسَيْرُ ^(٥٥) بَنِ سَعِيدٍ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ وَاسِعٍ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ الْمُبَارَكِ ، وَكَانَ هَذَا مِنْهُمْ عَلَى سَبِيلِ الْوَرَعِ وَالتَّقْوَى ، لَا عَلَى أَنَّهَا حَرَامٌ ، فَإِنْ أَحْمَدُ قَالَ : جَوَائِزُ السُّلْطَانِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنَ الصَّدَقَةِ . وَقَالَ : لَيْسَ أَحَدٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا وَلَهُ فِي هَذِهِ الدَّرَاهِمِ نَصِيبٌ ، فَكَيْفَ أَقُولُ : إِنَّهَا سُحْتٌ ؟ وَمِمَّنْ كَانَ يَقْبَلُ جَوَائِزَهُمْ ابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَعَائِشَةُ ، وَغَيْرُهُمْ مِنَ الصَّحَابَةِ ، مِثْلُ الْحُسَيْنِ ، وَالْحُسَيْنِ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ . وَرَخَّصَ فِيهِ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ ، وَمَكْحُولٌ ، وَالزُّهْرِيُّ

(٥٣) تقدم تخريجه في : ٢٦٢/١ .

(٥٤) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ . ويضاف إلى التخریج : المسند ١١٩/٣ ، ١٣٢ ، ١٨٤ ، ١٩٣ ، ٢٤١ ، ٢٥٨ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ .

(٥٥ - ٥٥) سقط من الأصل . وفي م : « وبشر » .

وهو بُسَيْرُ بْنُ سَعِيدِ الْمَدَنِيِّ الْعَابِدِ ، مَوْلَى ابْنِ الْحَضَرَمِيِّ ، تَابِعِي ، وَكَانَ ثِقَةً ، كَثِيرُ الْحَدِيثِ . مَاتَ بِالْمَدِينَةِ سَنَةَ مِائَةٍ . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ١/٤٣٧ ، ٤٣٨ .

والشافعي . واحتج بعضهم بأن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً^(٥٦) ، ومات وذرعه مرهونة عنده^(٥٧) . وأجاب يهودياً دعاه ، وأكل من طعامه^(٥٨) . وقد أخبر الله تعالى أنهم أكالون للسحت . وروى عن علي ، رضي الله عنه ، / أنه قال : ٤٦/٥ ظ لا بأس بجوائز السلطان ، فإن ما يُعطىكم من الحلال أكثر مما يُعطىكم من الحرام . وقال : لا تسأل السلطان شيئاً ، وإن أعطى فخذ ، فإن ما في بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام .

فصل^(٥٩) : قال أحمد رحمه الله ، في من معه ثلاثة دراهم ، فيها درهم حرام : يتصدق بالثلاثة ، وإن كان معه مائتا درهم ، فيها عشرة حرام ، يتصدق بالعشرة ؛ لأن هذا كثير ، وذلك قليل . ف قيل له : قال سفيان : ما كان دون العشرة يتصدق به ، وما كان أكثر يخرج . قال : نعم ، لا يُجحف به . قال القاضي : وليس هذا على سبيل التحديد ، وإنما هو على طريق الاختيار ؛ لأنه كلما كثر الحلال بعد تناول

(٥٦) أخرجه البخاري ، في : باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة ، وباب شراء الإمام الخوارج بنفسه ، وباب شراء الطعام إلى أجل ، من كتاب البيوع ، وفي : باب من رهن درعه ، وباب الرهن عند اليهود ، من كتاب الرهن . صحيح البخاري ٧٣/٣ ، ٧٤ ، ٨١ ، ١٠١ ، ١٨٦ ، ١٨٧ . ومسلم ، في : باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٦/٣ . والنسائي ، في : باب الرجل يشتري الطعام إلى أجل ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٣/٧ . وابن ماجه ، في : باب حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٨١٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢/٦ ، ١٦٠ .

(٥٧) أخرجه البخاري ، في : باب ما قيل في درع النبي ﷺ ... ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب حدثنا قبيصة ، من كتاب المغازي . صحيح البخاري ٤٩/٤ ، ٥٠ ، ١٩/٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢١٩/٥ . والنسائي ، في : باب مبيعة أهل الكتاب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٧/٧ . وابن ماجه ، في : باب حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٨١٥/٢ . والدارمي ، في : باب في الرهن ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٩/٢ ، ٢٦٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٦/١ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٦١ ، ١٠٢/٣ ، ٢٣٨ ، ٤٥٣/٦ ، ٤٥٧ .

(٥٨) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢١٠/٣ ، ٢١١ ، ٢٧٠ .

(٥٩) سقط من : م .

الحرام ، وشقَّ التَّورُع عن الجميع ، بخلاف القليل ، فإنه يسهل إخراج الكل .
والواجب في الموضعتين إخراج قدر الحرام ، والباقي مباح له ؛ وهذا لأنَّ تحريمه
لم يكن لتحريم عينه ، وإنما حرَّم لتعلُّق حقِّ غيره به ، فإذا أخرج عَوْضَهُ زال التَّحْرِيمُ
عنه ، كالمال كان صاحبه حاضراً فرضى بعوضه ، وسواء كان قليلاً أو كثيراً . والورع
إخراج ما يتيقن به إخراج عين^(٦٠) الحرام ، ولا يحصل ذلك إلا بإخراج
الجميع ، لكنَّ لما شقَّ ذلك في الكثير ، ترك لأجل المشقة فيه ، واقتصر على
الواجب . ثم يختلف هذا باختلاف الناس ؛ فمنهم من لا يكون له سوى^(٦١)
الدراهم اليسيرة ، فيشقُّ إخراجها ؛ لحاجته إليها ، ومنهم من يكون له مال كثير ،
فيستغنى عنها ، فيسهل إخراجها .

فصل : قد ذكرنا أن^(٦٢) ظاهر المذهب^(٦٢) ، أنه^(٦٣) لا يجوز بيع كل ماء عد^(٦٤) ،
كمياه العيون ، ونقع البئر في أماكنه قبل إخراجها في إنائه ، ولا الكلال في مواضعه
قبل حيازته . فعلى هذا ؛ متى باع الأرض وفيها كلاً أو ماءً ، فلا حق للبايع فيه .
وقد ذكرنا رواية أخرى ؛ أن ذلك مملوك ، وأنه يجوز بيعه . فعلى هذه الرواية ،
إن باع الأرض ، فذكر الماء والكلأ في البيع ، دخل فيه ، وإن لم يذكره ، كان الماء
الموجود والكلأ للبايع ؛ لأنه بمنزلة الزرع في الأرض . والماء أصل بنفسه ، فهو
كالطعام في الدار ، فما يتجدد بعد البيع ، فهو للمشتري . وعلى هذه الرواية ،
إذا باع / من هذا الماء أصعاً معلومةً ، جاز ؛ لأنه كالصبرة ، وإن باع كل ماء البئر ،
لم يجز ؛ لأنه يختلط بغيره . ولو باع من النهر الجاري أصعاً ، لم يجز ؛ لأن ذلك
الماء يذهب ، ويأتي غيره .

و ٤٧/٥

(٦٠) في م : « عن » .

(٦١) في م : « إلا » .

(٦٢ - ٦٢) في م : « الظاهر من المذهب » .

(٦٣) سقط من : الأصل .

(٦٤) العد ، بالكسر : الماء الجاري الذي له مادة لا تنقطع كماء العين . القاموس .

فصل : وعلى كِلْتَا الرِّوَايَتَيْنِ ؛ متى كان الماءُ النَّابِعُ في مِلْكِهِ ، أو الكَلَاءُ أو المَعَادِنُ ، وَفَقَ كِفَايَتِهِ ، لَشُرْبِهِ ، وَشُرْبِ مَا شِئْتَهُ ، لم يَجِبْ عَلَيْهِ بَذْلُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ في مِلْكِهِ ، فَإِذَا تَسَاوَى هُوَ وَغَيْرُهُ في الْحَاجَةِ ، كَانَ أَحَقُّ بِهِ ، كَالطَّعَامِ ، وَإِنَّمَا تَوَعَّدَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى (٦٥) مَنَعَ فَضْلِ الْمَاءِ ، وَلَا فَضْلَ في هَذَا . وَلأنَّ عَلَيْهِ في بَذْلِهِ ضَرَرًا ، وَلَا يَلْزُمُهُ نَفْعُ غَيْرِهِ بِمَضَرَّةِ نَفْسِهِ . وَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَنْ شُرْبِهِ ، وَشُرْبِ مَا شِئْتَهُ وَزَرْعِهِ ، وَاحْتَاجَتْ إِلَيْهِ مَا شِئْتَ غَيْرِهِ ، لَزِمَهُ بَذْلُهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَتَقَدَّمَ إِلَى الْمَاءِ ، وَيَشْرَبَ ، وَيَسْقِيَ مَا شِئْتَهُ ، وَلَيْسَ لَصَاحِبِهِ الْمَنَعُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِمَا رَوَى إِيَّاسُ وَإِيَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُزْنِيِّ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ ، لِيَمْنَعَ بِهِ فَضْلَ الْكَلَاءِ ، مَنَعَهُ اللَّهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ » (٦٧) . وَفِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ (٦٨) عَنْ أَبِي

(٦٥) في الأصل : « عن » .

(٦٦) كَذَا في النسخ ، وفي ترجمته : هو أبو عوف إِيَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُزْنِيِّ ، كُوفِي لَهُ صَحْبَةٌ . وَذَكَرَ ابْنُ الْأَثِيرِ أَنَّ التِّرْمِذِيَّ ذَكَرَهُ بِاسْمِ « عَبْدِ اللَّهِ » . انظر ترجمته في : أسد الغابة ١/١٨٤ ، والإصابة ١/١٦٥ ،

١٦٦ .

(٦٧) لم نجده من طريق إِيَّاسِ بْنِ عَبْدِ (أو عبد الله) الْمُزْنِيِّ بهذا اللفظ . وَإِنَّمَا أَخْرَجَهُ مِنْ طَرِيقِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، في : المسند : ١٨٣/٢ . وَرَوَى عَنْهُ أَبُو عُبَيْدٍ ، في الأموال ٢٩٦ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ يَمْنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ . وَانظر تخريج الحديث الثاني في الحاشية الآتية .

(٦٨) أَخْرَجَ الْأَوَّلُ مُسْلِمٌ ، في : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٥/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، في : باب الشروط في الطلاق ، من كتاب الشروط ، وفي : باب ﴿ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ قَدْرًا مَقْدُورًا ﴾ ، من كتاب القدر . صحيح البخاري ٢٥١/٣ ، ١٥٣/٨ . وَأَبُو دَاوُدَ ، في : باب في المرأة تسأل زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٠٣/١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، في : باب ما جاء لا تسأل المرأة طلاق أختها ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٦٥/٥ ، ١٦٦ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، في : باب جامع ما جاء في أهل القدر ، من كتاب القدر . الموطأ ٩٠٠/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، في : المسند ٢٣٨/٢ ، ٢٧٤ ، ٣٩٤ . وَالثَّانِي ، في : باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٨/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، في : باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء ، من كتاب الشرب . صحيح البخاري ١٤٤/٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، في : باب في منع الماء ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٤٨/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، =

هَرِيرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ تُسْأَلَ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا . وَنَهَى أَنْ يُمْنَعَ الْمَاءُ مَخَافَةَ أَنْ يُرْعَى الْكَلَاءُ . يَعْنِي إِذَا كَانَ فِي مَكَانٍ كَلَاءً ، وَلَيْسَ يُمَكِّنُهُ الْإِقَامَةُ لِرَعِيهِ إِلَّا بِالسَّقْيِ مِنْ هَذَا الْمَاءِ ، فَيَمْنَعُهُمُ السَّقْيُ ، لِيَتَوَقَّرَ الْكَلَاءُ عَلَيْهِ . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدَةَ^(٦٩) بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ عُمَرَ ، أَنَّهُ قَالَ : ابْنُ السَّبِيلِ أَحَقُّ بِالْمَاءِ مِنَ التَّائِي^(٧٠) عَلَيْهِ . وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : ابْنُ السَّبِيلِ أَوَّلُ شَارِبٍ . وَعَنْ بُهَيْسَةَ ، قَالَتْ : قَالَ أَبِي : يَارَسُولَ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمَاءُ » . قَالَ : يَارَسُولَ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمِلْحُ »^(٧١) . وَلَيْسَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ آلَةُ الْبُئْرِ مِنَ الْحَبْلِ ، وَالذَّلْوِ ، وَالْبَكْرَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْلُقُ^(٧٢) ، وَلَا يَسْتَحْلِفُ غَيْرَهُ ، بِخِلَافِ الْمَاءِ . وَهَذَا كُلُّهُ هُوَ الظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلَا فَرْقَ فِيمَا ذَكَرْنَا بَيْنَ الْبُنْيَانِ وَالصَّحَارَى . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : إِنَّمَا هَذَا فِي الصَّحَارَى وَالْبَرِّيَّةِ ، دُونَ الْبُنْيَانِ . يَعْنِي أَنَّ الْبُنْيَانَ إِذَا كَانَ فِيهِ الْمَاءُ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ الدُّخُولُ إِلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ .

فصل : وهل يَلْزَمُهُ بِذَلِكَ فَضْلُ مَائِهِ لَزْرَعٍ غَيْرِهِ ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ^(٧٣) / بِذَلِكَ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ عَلَى صَاحِبِهِ سَقْيُهُ ، بِخِلَافِ الْمَاشِيَةِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَلْزَمُهُ بِذَلِكَ لِدَلَالَةِ مَا رَوَى

٤٧/٥ ظ

= في : باب ما جاء في بيع فضل الماء ، من أبواب البيوع . عارضة الأخوذى ٢٧٣/٥ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن منع فضل الماء ليمنع به الكَلَاءُ ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٦٣/٢ .

(٦٩) في : الأموال ٢٩٧ .

(٧٠) في النسخ : « الباني » والتصويب من : الأموال . والثاني : الفلاح . والتناوة : الفلاحة .

(٧١) أخرجه أبو داود ، في : باب ما لا يجوز منعه ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٨٨/١ . والدارمي ، في : باب في الذي لا يحل منعه ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٩/٢ ، ٢٧٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٨٠/٣ ، ٤٨١ .

(٧٢) أي : يبلى .

(٧٣) في م : « يلزم » .

عن عبد الله بن عمرو ، أن قَيِّمَ أرضه بالوَهْطِ^(٧٤) كَتَبَ إليه ، يُخْبِرُهُ أَنَّهُ قد سَقَى أرضه ، وَفَضَّلَ له مِنَ المَاءِ فَضْلٌ يُطْلَبُ بثلاثين ألفاً . فَكَتَبَ إليه عبد الله بن عمرو ؛ أَقِمْ قِلْدَكَ ، ثُمَّ اسْقِ الْأَذْنَى فالأَذْنَى ، فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَنْهَى عن بَيْعِ فَضْلِ المَاءِ^(٧٥) . قال أبو عُبَيْدٍ^(٧٦) : الْقِلْدُ : يَوْمُ الشَّرْبِ . وفي « الْمُسْنَدِ »^(٧٧) ،^(٧٨) حَدَّثَنَا حَسَنٌ ، قال حَدَّثَنَا حَمَّادُ بن سَلَمَةَ ، عن أَبِي الزُّبَيْرِ ، عن جَابِرٍ ، قال : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عن بَيْعِ فَضْلِ المَاءِ . وروى إِيَّاسُ بن عبد^(٧٩) ، قال : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُمْنَعَ فَضْلُ المَاءِ . رواه التِّرْمِذِيُّ^(٨٠) ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وفي لَفْظٍ : نَهَى عن بَيْعِ المَاءِ . ولأنَّ في مَنَعِهِ فَضْلَ المَاءِ إِهْلَاكُهُ ، فَحُرْمَ مَنَعِهِ كَالْمَاشِيَةِ . وقولهم : لا حُرْمَةَ له . قُلْنَا : فَلِصَاحِبِهِ حُرْمَةٌ ، فلا يَجُوزُ التَّسَبُّبُ إلى إِهْلَاكِ مَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ^(٨١) أَنْ يُمْنَعَ نَفْيُ الحُرْمَةِ عنه ، فَإِنَّ إِضَاعَةَ المَالِ مَنَهَى عنها ، وَإِتْلَافَهُ مُحَرَّمٌ ، وَذَلِكَ دَلِيلٌ على حُرْمَتِهِ .

فصل : وإذا اشترى عبداً بمائة ، فقضاها عنه غيره ، صحَّ ، سواءً قضاها بأمره أو غير

- (٧٤) الوهط : بستان ومال كان لعمر بن العاص بالطائف على ثلاثة أميال من وج . القاموس .
 (٧٥) أخرجه البيهقي ، في : باب النهي عن بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ١٦/٦ .
 (٧٦) في : الأموال ٣٠١ .
 (٧٧) المسند ٣/٣٣٨ ، ٣٣٩ .
 كما أخرجه مسلم ، في : باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٨/٢ .
 (٧٨ - ٧٩) سقط من : الأصل .
 (٧٩) في الأصل : « عبد الله » . وأثبتنا ما في سنن الترمذي .
 (٨٠) في : باب ما جاء في بيع فضل الماء ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٢/٥ .
 كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٩/٢ . والنسائي ، في : باب بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٠/٧ ، ٢٧١ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٨/٢ .
 (٨١) في النسخ : « يحمل » .

أمره . فإن بان العبد مُستحقاً ، لزم رد المائة إلى دافعها ؛ لأننا تبيننا أنه قبض غير مُستحق ، فكان المائة لم تخرج من يد دافعها . وإن بان العبد معيباً ، فردّه بالعيب ، أو بإقالة ، أو أصدق امرأة إنسان شيئاً ، فطلقها الزوج^(٨٢) قبل دخوله بها ، أو ارتدت ، فهل يلزم رد المائة إلى دافعها أو على المشتري والزوج ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، على الدافع ؛ لأن القبض حصل منه ، فالرد عليه ، كالتى قبلها . والثانى ، على الزوج والمشتري ؛ لأن قضاءه بمنزلة الهبة لهما ، بدليل براءة ذمتها منه ، والهبة المقبوضة^(٨٣) لا يجوز الرجوع فيها . وإن كان الدفع بإذن المشتري والزوج ، احتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لو قضاؤه بغير إذنه ، إذا كان فعل ذلك على سبيل التبرع عليه ، واحتَمَلَ أَنْ يَكُونَ رَدُّهُ عَلَى الزَّوْجِ / وَالْمُشْتَرِي ، إذا كان عقدهما صحيحاً بكل حال ؛ لأن إذنهما فى تسليمه إلى من له الدين عليهما إذا اتصل به القبض ، جرى مجرى قبوله وقبضه ، بخلاف ما إذا لم يأذن . وإن أذنا فى دفع ذلك عنهما قرضاً ، فإن الرد يكون عليهما ، والمقرض يرجع عليهما بعوضه .

و ٤٨/٥

فصل : إذا قال العبد لرجل : ابتعنى من سيدي . ففعل ، فبان العبد مُعتقاً ، فالضمان على السيد . نص عليه أحمد . وبه قال أبو حنيفة ؛ إن كان السيد حاضراً حين غره العبد ، وإن كان غائباً فالضمان على العبد ؛ لأن الغرور^(٨٤) منه . ولنا ،^(٨٥) أن السيد^(٨٥) قبض الثمن بغير استحقاق ، وضمن العهدة ، فكان الضمان عليه ، كما لو كان حاضراً . وإن بان العبد مغصوباً ، أو به عيب ، فردّه ، فالضمان على السيد ؛ لما ذكرنا .

(٨٢) سقط من : الأصل .

(٨٣) فى م : « المقروضة » .

(٨٤) فى م : « الضرر » .

(٨٥ - ٨٥) سقط من : م .

فصل : وإن اشترى اثنان عبداً ، فغاب أحدهما ، وجاء الآخر يطلب نصيبه منه ، فله ذلك . وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك ؛ لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بتسليم نصيب الغائب ، وليس له تسليمه بغير إذنه . ولنا ، أنه طلب حصته ، فكان له ذلك ، كما لو أوجب لكل واحد منهما منفردا . وما ذكروه يطل بهذه الصورة . وإن قال الحاضر : أنا أدفع جميع الثمن ، وتدفع إلى جميع العبد . لم يكن له ذلك . وقال أبو حنيفة : له ذلك . ولنا ، أن شريكه لم يأذن للحاضر في قبض نصيبه ، ولا للبائع في دفعه إليه ، فلم يكن لهما ذلك ، كما لو كانا حاضرين . فإن سلم إليه ، فتلف العبد ، فللغائب تضمين أيهما شاء ؛ لأن الدافع قرط بدفع ماله بغير إذنه ، والشريك قبض مال غيره بغير إذنه . فإن ضمن الشريك ، لم يرجع على أحد ؛ لأن التلف حصل في يده ، فاستقر الضمان عليه . وإن ضمن الدافع ، رجع على القابض لذلك . ويقوى عندي أنه إذا لم يمكن تسليم نصيب أحد المشتريين إليه إلا بتسليم نصيب صاحبه ، أنه لا يجوز التسليم إليه ؛ لما ذكرنا ههنا .

فصل : ويستحب الإشهاد في البيع ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا / إذا بَايَعْتُمْ ﴾ ^(٨٦) . وأقل أحوال الأمر الاستحباب . ولأنه أقطع للنزاع ، وأبعد من التجاحد ، فكان أولى ، ويختص ذلك بما له خطر ، فأما الأشياء القليلة الخطر ، كحوائج البقال ، والعطار ، وشبههما ، فلا يستحب ذلك فيها ؛ لأن العقود فيها ^(٨٧) تكثر ، فيشق الإشهاد عليها ، وتقبح إقامة البيعة عليها ، والترافع إلى الحاكم من أجلها ، بخلاف الكثير . وليس الإشهاد بواجب في واحد منهما ، ولا شرطاً له . روى ذلك عن أبي سعيد الخدري ، وهو قول الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وإسحاق ، وأبي أيوب . وقالت طائفة : ذلك فرض لا يجوز تركه . وروى ذلك عن ابن عباس . وممن رأى الإشهاد على البيع عطاء ، وجابر بن زيد ، والنخعي ؛

(٨٦) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٨٧) سقط من : م .

لظَاهِرِ الْأَمْرِ ، وَلَأنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَيَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ كَالنِّكَاحِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ ^(٨٨) . وَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ : صَارَ الْأَمْرُ إِلَى الْأَمَانَةِ . وَتَلَا هَذِهِ الْآيَةَ ، وَلَأنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا ، وَرَهْنَهُ دِرْعَهُ ^(٨٩) ، وَاشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ سَرَاوِيلَ ^(٩٠) ، وَمِنْ أَعْرَابِيٍّ فَرَسًا ، فَجَحَدَهُ الْأَعْرَابِيُّ حَتَّى شَهِدَ لَهُ خُزَيْمَةُ بْنُ ثَابِتٍ ^(٩١) ، وَلَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ أَشْهَدَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ . وَكَانَ الصَّحَابَةُ يَتَّبَاعُونَ فِي عَصْرِهِ فِي الْأَسْوَاقِ ، فَلَمْ يَأْمُرْهُمْ بِالْإِشْهَادِ ، وَلَا يُقْلَ عَنْهُمْ فِعْلُهُ ، وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِمُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَوْ كَانُوا ^(٩٢) يُشْهَدُونَ فِي كُلِّ بَيَاعَتِهِمْ لَمَّا أُخِلَّ بِنَقْلِهِ . وَقَدْ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ عُرْوَةَ بْنَ الْجَعْدِ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ أُضْحِيَّةً ^(٩٣) . وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِالْإِشْهَادِ ، وَأَخْبَرَهُ عُرْوَةُ أَنَّهُ اشْتَرَى شَاتَيْنِ فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا ، وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِ تَرْكَ الْإِشْهَادِ . وَلَأنَّ الْمُبَايَعَةَ تَكْثُرُ بَيْنَ النَّاسِ فِي أَسْوَاقِهِمْ وَغَيْرِهَا ، فَلَوْ وَجَبَ الْإِشْهَادُ فِي كُلِّ مَا يَتَّبَاعُونَهُ ، أَفْضَى إِلَى الْحَرَجِ الْمَحْطُوطِ عَنَّا بِقَوْلِهِ

(٨٨) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٨٩) انظر التخریج في صفحة ٣٧٥ المتقدمة ، حاشيتي ٥٦ ، ٥٧ .

(٩٠) أخرجه أبو داود ، والترمذی ، والنسائی ، والدارمی ، في : باب الرجحان في الوزن ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٠/٢ ، عارضة الأحوذی ٣٩/٦ ، المجتبى ٢٥٠/٧ ، سنن الدارمی ٢٦٠/٢ . كما أخرجه ابن ماجه ، في الباب نفسه ، من كتاب التجارات ، وفي : باب لبس السراويل ، من كتاب اللباس . سنن ابن ماجه ٧٤٨/٢ ، ١١٨٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٥٢/٤ .

(٩١) أخرجه أبو داود ، في : باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٧٦/٢ ، ٢٧٧ . والنسائی ، في : باب التسهيل في ترك الإشهاد على البيع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٦٥/٧ ، ٢٦٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٥/٥ ، ٢١٦ .

(٩٢) في الأصل ، م : « وكانوا » .

(٩٣) أخرجه البخاری ، في : باب حدثنا علي بن عبد الله ... ، من كتاب المناقب . صحيح البخاری ٢٥٢/٤ وأبو داود ، في : باب في المضارب يخالف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٩/٢ والترمذی ، في : باب حدثنا أبو كريب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذی ٢٦٣/٥ . وابن ماجه ، في : باب الأمين يتجر فيه فیربع ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٣/٢ .

تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ ^(٩٤) . والآية ، المراد بها الإرشاد إلى حفظ الأموال والتعليم ، كما أمر بالرهن والكاتب ، وليس بواجب ، وهذا ظاهر .

فصل : ويكره البيع والشراء في المسجد . وبه قال إسحاق ؛ لما روى أبو هريرة ، أن رسول الله ﷺ / قال : « إِذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَبِيعُ أَوْ يَتَّاعُ فِي الْمَسْجِدِ ، فَقُولُوا : لَا أَرْبَحَ اللَّهُ تِجَارَتَكَ ، وَإِذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَنْشُدُ ضَالَّةً فِي الْمَسْجِدِ ، فَقُولُوا : لَا رَدَّ (٩٥) اللَّهُ عَلَيْكَ » . أخرجه الترمذي ^(٩٦) ، وقال : حديث حسن غريب ، ولأن المساجد لم تُبن لهذا . ورأى عمران القصير ^(٩٧) رجلاً يبيع في المسجد ، فقال : هذه سوق الآخرة ، فإن أردت التجارة فأخرج إلى سوق الدنيا . فإن باع فالبيع صحيح ؛ لأن البيع تم بأركانها وشروطه ، ولم يثبت وجود مفسد له ، وكراهة ذلك لا توجب الفساد ، كالغش في البيع والتدليس والتضرية . وفي قول النبي ﷺ : « قُولُوا : لَا أَرْبَحَ اللَّهُ تِجَارَتَكَ » . من غير إخبار بفساد البيع ، دليل على صحته ، والله أعلم .

(٩٤) سورة الحج ٧٨ .

(٩٥) في م : « ردها » .

(٩٦) في : باب النهي عن البيع في المسجد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦١/٦ . والدارمي ، في : باب النهي عن استنشاد الضالة في المسجد ... ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمي ٣٢٦/١ . والحاكم ، في : باب النهي عن البيع في المسجد ... ، من كتاب البيوع . المستدرک ٥٦/٢ .

(٩٧) أبو بكر عمران بن مسلم القصير ، ثقة ، يروى عن أبي رجاء العطاردي وغيره . اللباب ٢٦٨/٢ ، ميزان الاعتدال ٢٤٢/٣ ، تهذيب التهذيب ١٣٧/٨ - ١٣٩ .